5064 Bibl.Mont -3

Handbuch

des deutschen gemeinen

Prozesses

in einer

ausführlichen Erörterung

seiner

wichtigsten Gegenstände

von

Hofrath und Professor Gönner

zu Landshut.

Dritter Band.

Erlangen

bei Johann Jacob Palm.

1802.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Bei Erscheinung dieses dritten Bandes muß ich über zwei Stücke mich vor meinen Lesern rechtfertigen. Erstens darüber, daß mit diesem dritten Bande das ganze Werk nicht geschlossen ist, und zweitens daß dieser Band in der Bogenzahl geringer ausfiel. Am ersten bin ich allenthal-

ben unschuldig, da im Anfange, wo man sich eine neue Bahn bricht, man nicht wohl bestimmt voraussagen kann, wo sie endet. Unter der Hand wuchsen die Materialien empor, und ich schmeichle mir, im zweiten und dritten Bande auch nicht eine Abhandlung geliefert zu haben, welche der Leser vermissen möchte. Am zweiten tragen äussere Umstände mehr Schuld, als ich. Das auf ein ganzes Jahr mir übertragene Universitäts-Rectorat fiel in die merkwürdige Epoche, wo die Universität in Landshut für permanent erklärt, ihre Fondsvermehrung ausgemittelt und aufgefunden wurde, und wo die Einrichtung der Gebäude und Localitäten für

alle Attribute einer Universität neben den Currentgeschäften des Rectorats und der Fondsdeputation meiner Direction anvertraut wurde und noch anvertraut ist. Hier war es mir unter dieser Last von Arbeiten, denen sich noch andere ausserordentliche beigesellten, platte Unmöglichkeit, so viel, als ich mir zum dritten Bande vorgesteckt hatte, auszuarbeiten, und daher allein kommt es, daß die Leser einige Bogen weniger erhalten. Indessen rechne ich auf ihre Billigkeit und Nachsicht, um so mehr, als mir es mein Bewußtseyn sagt, daß sie an der Intension des Werks so viel gewonnen haben, als sie an der Extension verlohren zu haben scheinen. Mit

dem vierten Bande wird das Werk zuverläßig geschlossen.

Landshut in Baiern, den 1sten May 1802.

Inhalt.

XXXVII. Satt XXXVI. Vollständige Untersuchung über das Verhältniß der Instanzen in Teutschland Seite 1

XXXVIII. Darstellung der Lehre von Rechtsmitteln insonderheit gegen Urtheile im Allgemeinen 105

XXXIX. Von den Wirkungen der Appellation 207

XL. Prüfung der Sachen worin Appellationen gewöhnlich für unzuläßig ausgegeben werden 284

XLI. Vom Beſcheide des Unterrichters auf eine bei demſelben eingelegte Appellation 324

Inhalt.

XLII. Ueber die Klage wegen unheilbaren Nichtigkeiten 347

XLIII. Ueber Ordinationen 419

XXXVI.

Vollständige Untersuchung über das Verhältniß der Instanzen in Deutschland.

I.

Die Gesetze aller kultivirten Staaten wollen die Rechte der Bürger nicht nur überhaupt durch die richterliche Gewalt sicher stellen, sondern sie drücken auch das Bestreben aus, gegen Rechtsverletzungen eines Richters dem Gekränkten noch eine Hülfe zu verschaffen. Es scheint ihnen mit dem Staatszwecke nicht übereinzustimmen, wenn das Eigenthum eines Bürgers, welches oft über das Wohl ganzer Familien entscheidet, vom Ausspruche eines einzigen Richters abhängen soll, der oft mit dem besten Herzen und mit guten Kenntnissen aus menschlicher Schwachheit fehlen kann, und noch öfter, wenn Leidenschaften, oder Mangel an Kenntnissen bey ihm herrschen, fehlen wird. Die Grundgesetze

cultivirter Staaten erlaubten demnach, daß eine Partey, welche durch Handlungen eines Richters ihre Rechte für verletzt hält, auch dagegen Mittel ihrer weitern Vertheidigung habe; ich sagte, die Grundgesetze, denn man begreift leicht, daß es hier einem Gegenstand des öffentlichen Rechts gelte, da die Mittel der Rechtsvertheidigung mit dem Staatszwecke und dem Verhältniß des Bürgers zur Staatsgewalt unzertrennbar zusammenhängen. Durch welche Mittel, und bey welcher Behörde diese Vertheidigung zu führen sey, diese beyden Fragen umfassen den Gegenstand, und führen zum Begriffe der Rechtsmittel und der Instanzen. Die Erörterung der Lehre von Rechtsmitteln ist den folgenden Abhandlungen vorbehalten; hier soll die Lehre von Instanzen untersucht werden.

II.

Schon der Begriff einer Instanz wird von den Rechtslehrern verschieden angegeben. Estor *a*) nahm die unfruchtbare Mühe auf sich,

a) Diss. de jure primi fori seu beneficio primae instantiae ordinibus imperii perfecte pleneque impertiendo. Jena 1741. §. 5—52.

die Begriffe zusammenzustellen, welche mit dem Worte Instanz in vielen Stellen des römischen Rechts *b*) und in vielen Werken der Rechtsgelehrten verbunden werden. Am Ende nimmt Estor den Begriff von Instanz so an: „forum, „cui reus proxime est subjectus, et causſae „in eo tractatae disceptatio.“ *c*). Cramer nennt es „causae in judicio disceptatio“ *d*) und Schneydt *e*) pflichtet ihm mit der Ausdehnung bey, daß es so viele Instanzen geben könne, als Verhandlungen bis zum letzten Urtheil, sollten sie auch bey dem nämlichen Richter gepflogen werden. Daß der Begriff einer wichtigen Sache so schwankend und unbestimmt ist, gewährt keine frohe Aussicht, und dessen Berichtigung ist keine fruchtlose Arbeit, bey welcher uns nur die Natur der Sache und der Rückblick auf die vorhergehende Entwickelung

b) L. 43. §. 1. D. de pignor. act. L. ult. C. de oper. publ. L. un. D. de libell. dimiſſor. L. 73. §. 2. D. de judiciis.

c) In der angef. Dissert. §. 37.

d) Syst. Proc. Imp. Sect. 1. Tit. 3. §. 39.

e) Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae. Wirceb. 1790. §. 4.

des Anrathungsgrundes zur Einführung der Instanzen sicher zum Ziele führen.

Aus dem Zwecke, für welchen Instanzen angeordnet werden, geht schon hervor: daß Instanz 1) eine Handlung des Richters in einem Rechtsstreite voraussetzt. Darum hat der Reichsabschied v. J. 1594. sehr richtig verordnet: „im Fall ex narratis interpositae extrajudicialis appellationis in processu scheinen würde, daß die Obrigkeit tanquam pars und als ein Widersacher, und nicht richtlicher Weiß gehandelt, dieweil zu ermessen, daß hierinnen mehr simplex querela, dann die Appellation Statt habe, sollen solche Sachen an Richter erster Instanz gewiesen werden *a*)." 2) Instanz setzt eine Rechtsverletzung von Seiten des Richters voraus, ohne daß es auf den Unterschied ankommt, ob böse Absicht oder Verschulden des Richters, ob Unterlassung oder Begehung das Recht der Partey verletzte. 3) Durch den Richter muß die Verletzung entstanden seyn. Ist Zufall oder Versehen der streitenden Theile der Grund, so

a) R. A. 1594. §. 94. 95.

mögen immer positive Gesetze den Parteyen durch einen Sieg des wirklichen Rechts über das förmliche zu Hülfe kommen, aber im Rechtssinne ist es keine Instanz; wer könnte sonst bey dem unbestrittenen Verbote der Instanzenvermehrung den Satz rechtfertigen: daß man öfters Restitution gegen Urtheile suchen dürfe, oder daß gegen Erkenntnisse der Reichsgerichte, welche doch in letzter Instanz sprechen, eine Restitution Statt finde? Im uneigentlichsten Sinne hat man bisher diese in die Classe der Instanzen gebracht. 4) Abwendung dieser Verletzung ist Zweck, und dadurch unterscheidet sich Instanz von Verfahren; daraus erhellt das unrichtige in Cramers Begriffe. Wenn nach dem Beweis, interlocute das Beroeisverfahren, oder nach dem Streite über Besitz, der Streit über das Recht beginnt, so existiren mehrere Verfahren, aber nicht mehrere Instanzen: denn es fällt hier der Zweck einer Instanz hinweg. 5) Abgewendet soll sie werden, die Rechtsverletzung, sie wird nur als bevorstehend, nicht als vollendet gedacht, abgewendet dadurch, daß das vom Richter erkannte noch als problematisch angesehen, der bisherige

Streit einer neuen Prüfung und Entscheidung unterworfen wird; darum ist eine Instanz nur unter Voraussetzung einer vollkommenen Identität des Streits denkbar. Es ist demnach keine Instanz, wenn der Vorletzte gegen den Schuldbaren oder dolosen Richter eine Entschädigungsklage (actio syndicatus) anstellt, oder die Gewährleistung von einem Dritten fordert. 6) Identität des Streits ist nach der Natur der Sache in einem so hohen Grade nothwendig, daß es unter die nur aus positivem Rechte abzuleitenden Bestimmungen gehört, wenn bey einer neuen Instanz die Parteien neue faktische Gründe (Nova) vorbringen dürfen. 7) Immer wird bey einer neuen Instanz über die Legalität der vorhergehenden richterlichen Handlungen geurtheilt, daher fordert die Natur der Sache, die Niemanden das Richteramt über sich selbst, im Staate einräumen kann, ein neues urtheilendes Subjekt, welches zwar 8) meistens auch ein neuer, besonders hiezu angeordneter, Gerichtshof ist, welcher denn über die Rechtmäßigkeit der Handlungen anderer Gerichte erkennt. Hieraus entspringt die Idee der Subordination der Gerichte, die hiezu dienlichen Rechtsmittel

werden devolutive genannt, und machen in Staaten, wo diese Einrichtung herrscht, die Regel aus. Es läßt sich aber auch 9) denken, daß die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des vorherigen Urtheils dem nemlichen Gerichtshofe überlassen bleibt; aber hier muß, da Niemand in eigner Sache Richter seyn kann, an die Stelle des vorigen Richters ein anderes Subjekt substituirt werden, woraus aber zugleich erhellt, daß diese Staatseinrichtung sehr große Unvollkommenheiten an sich trägt, welchen die Grundgesetze Deutschlands durch ausserordentliche Mittel *a*) abzuhelfen suchten, worunter bey Landesgerichten die Aktenversendung an gut bestellte und gut organisirte *b*) Juristenfacultäten noch als das souverainste Mittel anerkannt werden muß.

a) R. D. A. 1600. §. 10. J. R. A. §. 113. Osn. Fr. Instr. Art. V. §. 54. verordnet über die Revision bey dem Reichshofrathe ganz in diesem Geiste; „acta denuo adhibitis aliis — „Consiliariis et qui concipiendae et ferendae „priori sententiae non interfuerint, aut certe „referentium et correferentium partes non „sustinuerint, revideantur.“

b) Waffenträger der Gesetze 1801. im Märzhefte.

Instanz sollte demnach immer nur von der neuen Prüfung der Legalität des richterlichen Verfahrens verstanden werden. Allein der gemeine Sprachgebrauch benützt diesen Ausdruck, ohne übrigens seinen rechtlichen Character abzuändern, auch zur Bezeichnung aller in dieser Rükſicht bey einem Rechtsſtreit möglichen Gerichte, nennt das Gericht, zu welchem ein Streit bey der ersten Prüfung gehört, erste Instanz, und steigt mit diesen Zahlen nach der Menge der Anfechtungen, welchen eine Handlung des Richters ausgesetzt seyn kann, und nach der Unterordnung der zu diesem Zwecke etablirten Gerichtshöfe.

III.

Nur muß bey dieser an sich sogar durch den Staatszweck angerathenen Einrichtung ein zweyfaches Extrem mit gleicher Sorgfalt vermieden werden. Wenn Mangel an Rechtsmitteln und Instanzen die Rechte der Bürger in Gefahr setzt, so macht sie Uebermaaß ungewiß; und nur dann hat der Gesetzgeber die schwere Aufgabe ganz gelöst, wenn er mit weiser Sparsamkeit, ohne in Uebertreibung

von einer oder der andern Seite zu verfallen, nicht mehr und nicht weniger Instanzen anordnet, als der Staatszweck, Sicherung der Rechte, fordert. So nothwendig es demnach ist, daß in Gesetzen das Maximum der Instanzen, dessen Ueberschreitung unerlaubte Instanzenvermehrung wird, bestimmt sey, eben so nothwendig ist eine Festsetzung des Minimums, dessen Mangel in eine gleich unerlaubte Abschneidung der Rechtsvertheidigung übergeht Eine Gesetzgebung, welche nur eines von beyden bestimmte, und im andern Willkühr bey diesem, mit dem Staatszwecke so innig verbundenen, Gegenstand sanctionirte, würde die ersten Forderungen an eine gute Staatsgesetzgebung unbefriediget lassen, würde mangelhaft, inconsequent und ungerecht seyn.

IV.

Dennoch würden unsere Grundgesetze in Deutschland diesen fehlervollen Charakter an sich tragen, wenn man ohne schärfere Prüfung dasjenige für baare Wahrheit annähme, was die Rechtslehrer darüber sagen. Zu einem gerechten Erstaunen wird der forschende Beobachter hingerissen, welcher die Verschieden-

heit der Gerichtsverfassung in vielen, besonders den kleinern Staaten und Gebieten Deutschlands, die Verschiedenheit der Meinungen unter den angesehenen Rechtslehrern, die Verschiedenheit der Gesinnungen selbst der höchsten Reichsgerichte wahrnimmt. Es sieht hier nach einer genauen Vergleichung so bunt aus, als ob wir Deutsche nicht ein gemeinsames Vaterland, nicht ein allgemeines öffentliches Recht, nicht eine gemeinschaftliche Staatsgesetzgebung hätten. Daß die höchsten Reichsgerichte in der schönsten Uebereinstimmung gegen die unerlaubte Instanzenvermehrungen eifern, weiß ich, aber ich weiß auch: daß die Frage, was alles in diesem Verbote begriffen sey, noch nicht genau beantwortet wurde *a*); und am Ende würde hiermit nur das Maximum, niemals aber das Minimum ausgesagt, nicht nach Grundsätzen die Linie gezogen seyn, welche zwischen diesen beyden äußersten Puncten liegt. — Bald sollen die Reichsstände nur befugt, nicht aber verbunden seyn, mehrere Instanzen

a) Daß auch Schick in der Diss. de illicita instantiarum multiplicatione Giess. 1788. nicht genüge, werde ich unten näher zeigen.

in ihrem Lande anzuordnen — bald will man aus dem Herkommen, wenn bisher aus einem reichsständischen Gebiete gleich in zweyter Instanz an die Reichsgerichte appellirt wurde, sowohl auf Seite des Kaisers und der Reichsgerichte, als auf Seite der Unterthanen ein Recht begründen, das keine Einschiebung einer Zwischeninstanz erlaube; — bald sollen Reichsstädte und kleinere Territorien eine andere Landeshoheit haben, als die größern Territorien, — bald soll der Rechtstitel, unter welchem die Incorporation einzelner Länder geschieht, dieser nur das Privatrecht betreffende Grund, landeshoheitliche Rechte in Anordnung neuer Instanzen begründen, — bald soll das Recht der höhern Instanz sogar auf den Wohnsitz des oberen Gerichtshofes, auf die Meilenzahl der davon entfernten Provocanten beschränkt seyn *b*) — bald soll

b) Dieß alles lehrt Pütter in seinen auserles. Rechtsfällen Band IV. Th. I. (Göttingen 1801.) S. 17—27., ob er gleich in seinen Instit. Jur. publ. §. 206. sehr richtig behauptet: „quo„modo — ex legibus imperii considerata con„veniat, immo una eademque sit omnium „et singulorum statuum superioritas, ea„que sine ulla potentatus, suprematus cet. di„stinctione.“

der Unterthan eines reichsritterschaftlichen Gebietes keine obere Territorialinstanz haben, während jeder Unterthan eines größern deutschen Territoriums diese Wohlthat genießet! Wahrhaft so ein Chaos liegt nicht im Geiste der deutschen Staatsverfassung, so schwankend sind nicht die Verordnungen der Reichsgrundgesetze, Mangel an tieferem Eindringen in ihren Geist gab den Rechtslehrern Anlaß, diese Anomalien in unsere Wissenschaft erst hineinzutragen. Es ist freylich gemächlicher, etwas auf das Herkommen zu verweisen, oder mit reichsgerichtlichen Präjudicien zu belegen, als es auf richtige, gemeingültige Grundsätze zurückzuführen. Schon der einsichtsvolle Hr. Hofr. Klüber a) hat bey der Anzeige der Schickischen Dissertation bemerkt, daß die Hauptfrage: wieviel Instanzen sind einem Reichsstande und der Reichsritterschaft erlaubt, bevor an die Reichsgerichte appellirt werden kann? mehr auf einfache Grundsätze zurückgeführt, und bestimmt beantwortet werden sollte. Es gilt einem wichtigen Gegenstande des deutschen Staats, und Privatrechts, und auf

a) In seiner schätzbaren kleinen juriſt. Bibl. B. V. S. 212.

Nachsicht darf der Versuch, welchen ich zur Hebung aller Ungewißheit und Verwirrung wage, Anspruch machen, wenn er auch das Ganze dieser Lehre nicht befriediget, uud manchen Zweifel hinter sich läßt.

Auctorität kann in einem so wichtigen Puncte unseres öffentlichen Rechts nicht entscheiden, was Ludolph, Cramer, Selchow und nach ihnen neuere Schriftsteller darüber sagten, habe ich gelesen, durchdacht und geprüft, aber gefunden, daß sie immer nur an dem Satze des Eigennutzes, nichts könne zum Nachtheil der kaiserlichen Jurisdiktion geschehen, hiengen, weder in die Geschichte, noch in den Geist der Reichsgesetze drangen, und in dieser Sache aus dem Kreise, worin sie sich befanden, keinen Schritt zur Aufstellung richtiger Grundsätze vorwärts machten. Ich bemerke dieses zu meiner Rechtfertigung, wenn ich hier von diesen Schriftstellern weniger allegire, als es mancher wünscht.

V.

Nur an der Hand der Geschichte kann man in seinen Forschungen bis zum Geiste der Ge-

seße eindringen, aber es ist bey der gegenwärtigen Untersuchung nicht nothwendig, eine ausführliche Geschichte der Justizverfassung in Deutschland, vor der Reform des Justizwesens unter Maximilians I. gesegneter Regierung, zu schreiben. Wir finden zwar schon in der Vorzeit eine Unterordnung verschiedener Gerichte bis zum Richterstuhle des Königs, welcher der oberste Richter war. Selbst das Eindringen des römischen und kanonischen Rechts, welche in schönem Einklang Subordination der Gerichtshöfe als Grundsatz aufstellen, und eine jede Berufung nur an den unmittelbar höhern Richter erlauben, blieb nicht ohne allen wohlthätigen Einfluß; denn der Deutsche wurde hierdurch wenigstens für ein festes Gerichtssystem empfänglich. Aber man würde sehr irren, wenn man in dieser Periode unserer vaterländischen Geschichte feste Grundsätze erwartete, wenn man hierin etwas heutzutage Brauchbares aufsuchte.

Versunken war unser Vaterland in den gesezlosen Zustand der Anarchie, unbekannt die Anordnung gut organisirter Collegien für alle Zweige der Staatsverwaltung; mangelte es auch nicht an dem Begriffe oberer Gerichts-

höfe, so gebrach es doch an den Mitteln zu diesem Zwecke, wenigstens insoweit, daß ein festes System für Gerichtsverfassung damals noch im Gebiete der frommen Wünsche lag. War doch der oberste Reichsjustizhof eine so unvollkommene Anstalt, daß sogar die eifrigen Bemühungen der Reichsstände, unter Friedrichs III. schläfriger Regierung das Justizwesen zu verbessern, fruchtlos blieben. Solche trübe und finstere Zeiten waren gewiß nicht dazu geschaffen, einen verwickelten Gegenstand auf feste Grundsätze zu bringen, das Schwert und das Herkommen blieben allemal die gesezlosen Sieger. Die Geschichte bis nach Friedrich III. liefert uns nichts, als den Beweis, daß in Deutschland Rechtsmittel gegen den Richter nicht unbekannt waren, daß der Kaiser der oberste Richter im Reiche war, ohne daß über die Verhältnisse der andern Gerichte bis zu diesem obersten Gerichtshofe feste Regeln eine allgemeine Gültigkeit gehabt hätten.

Und doch leuchtet aus den Begebenheiten dieser Periode mit seltner Uebereinstimmung der Grundsatz hervor: daß die deutschen Unterthanen durch wenigstens drey Instanzen

ihr Recht sollten verfolgen können. Ganz in diesem Geiste suchten die Stände des Reichs unter Wenzeslaus im Jahre 1398 das Recht an sich zu bringen, in ihren Provinzen Obergerichte anzuordnen, welche die Gerichtsbarkeit Namens des Kaisers, also in höherer Instanz ausübten *a*). Aus eben diesem Princip floß der Plan, welcher auf dem Reichstage zu Mainz 1441. zur Sprache kam, in ganz Deutschland 1. Kammergericht, 4. Hofgerichte, 16. Landgerichte und 64. Freygerichte in vollkommener Subordination der Instanzen anzulegen *b*). Daß alles dieses nur ein schöner Traum, und Friedrich III. nicht unternehmend genug war, ihm Realität zu verschaffen, ist zwar bekannt, aber wichtig bleibt immerhin der Grundsatz, den wir schon in dieser trüben Periode antreffen, der Grundsatz nämlich: daß die Reichsstände das Recht einer obern Instanz, und die Unterthanen wenigstens drei Instanzen zu ihrer Rechtsvertheidigung haben sollen.

Weiter in die Geschichte der Vorzeit zurückzugehen, ist unnöthig, und meine Leser

a) Datt Vol. rer. germ. Lib. 1. cap. 18. n. 26.

b) Pütter histor. Entwickel. Th. I. S. 300.

mögen sich das traurige Bild des damals ganz verfallenen Justizwesens aus andern Schriftstellern selbst ausmahlen c).

VI.

Scharf, wie man's in der deutschen Geschichte selten antrift, schneidet das Jahr 1495. die neue Epoche ab. Frieden und Recht, wie sie der Philosoph in einer Wechselwirkung sich denkt, haben Deutschlands patriotische Stände als unzertrennbare Forderungen aufgestellt, denn sie sahen es ein, daß ohne Landfrieden kein Gericht, und ohne Gerichtsverfassung kein Landfrieden bestehen könne. Den günstigsten Zeitpunkt wählten sie zur Realisirung ihrer wohlthätigen Absichten, wo eben der Kaiser von den Türken gedrängt war, da versprachen sie ihm Türkenhülfe, aber nur gegen Verpfändung seines Kaiserworts, diesen Reichstag nicht zu verlassen, bevor Frieden und Recht im Reiche aufgerichtet sey.

c) Schick in der angef. Dissertation. Danz Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses §. 6—37. Herchenhahn Gesch. des kaiserl. Reichshofraths Th. 1. S. 24 u. ff. Malblanc consp. rei judic. rom. germ. §. 37—60.

Welches Glück für Deutschland, daß kein indolenter Friedrich III. mehr auf dem Throne saß, daß ein kraftvoller und entschlossener Kaiser, Maximilian I. dem Reiche vorstand, daß der Wille des Kaisers mit den Wünschen der Stände so schön übereinstimte! Es war ein wichtiger Tag für Deutschland, an dem der Landfrieden errichtet, das Kammergericht reformirt und mit einer neuen Ordnung versehen, zur Handhabung des Friedens und Rechtens besondere Vorsehung getroffen wurde. Soviel war noch nie an einem Tage für Deutschland geschehen, als am siebenten August 1495. zu Worms geschah, alles dieses, die Grundlage künftiger Kultur in Deutschland, ward in einem Tage durch drey besondern Staatsurkunden zu Stande gebracht!

Alles wetteiferte miteinander in Darbringung patriotischer Opfer zur Vollkommenheit der neuen Anstalt, sogar die Churfürsten liessen dem Appellationszuge an das wiedergebohrne Kammergericht freien Lauf, ohne sich auf ihre Appellationsfreyheit, ob sie gleich in der goldnen Bulle begründet war, zu berufen; erst in den

folgenden Jahrhunderten suchten sie diesen Vorzug durch neue Privilegien wieder zu erhalten.

VII.

Man würde ein vollendetes Gebäude des Justizwesens in diesem Reichsgesetze vergebens aufsuchen; dazu waren die Umstände dieser Zeit noch überall nicht geschaffen. Nur der erste Schritt zum muthigen Uebergange von Anarchie zur wahren Staatsverfassung wurde gemacht, nur das Reichsjustizwesen im rohen umgestaltet; Ausbildung und Vollendung sollte und konnte es nur von der Cultur der Nation erwarten. Die ganze Kammergerichtsordnung, die sechzig Jahre später in drey Büchern mit vielen Unterabtheilungen in Titeln und Paragraphen verbessert werden mußte, bestand in kleinen zwey und dreyßig Paragraphen, und das Ganze trägt Spuren der Eilfertigkeit an sich, mit der man es zu Stande brachte Man beschäftigte sich nur mit dem Kammergerichte, das Justizwesen der deutschen Territorien lag ausser dem Zwecke der damaligen Reichsverhandlungen.

Die Landeshoheit, heutzutage ein colloßalisches Gebäude, stand noch im fernen Hinter-

grunde, und behutsam handelten der Kaiser und die Stände, um den Schleier nicht zu lüften, der es noch zu decken schien. Man wollte also von beiden Seiten diesen Punkt umschiffen, nur unter besondern Umschreibungen und Wendungen darauf hinweisen, und was man vom Justizwesen in den Territorien verordnen wollte, mußte in zweydeutige Ausdrücke, wie sie im Geiste der damaligen Staatsverfassung lagen, eingekleidet werden. Nach diesem Gesichtspunkt verdienen einige Bestimmungen eine besondere Auszeichnung. Man stellte 1) die Regel auf, daß keine Appellation angenommen werden solle, die nicht gradatim, das ist an das nächst ordentliche Obergericht geschehen *a*); man erkannte dadurch das Recht der Reichsstände, ein ordentliches Obergericht zu haben, da man nicht von der ersten Instanz, sondern vom nächsten Obergericht sprach und hierdurch noch vor dem Kammergerichte in den Territorien ein Obergericht für erlaubt erklärte. 2) Man verbot dem Kammergericht, gegen Personen, die nicht ohne Mittel dem Reiche unterworfen, in erster Instanz eine Ladung zu erkennen *b*). 3) Man

a) K. G. O. 1495. §. 13.

b) Ebendas. §. 15.

bestimmte endlich, daß ein jeder seine Unterthanen in seinen ordentlichen Gerichten bleiben lassen und halten sollte c).

VIII.

Nun wurden die Stände mit den Vortheilen einer festen collegialischen Verfassung für alle Zweige der Staatsverwaltung bekannt, und sie ahmten diese schöne Erfindung nicht nur für das Justizwesen, sondern auch für andere Regierungsgegenstände nach, in den deutschen Ländern entstanden nun nach dem Muster des Kammergerichts beständige Collegien jeder Art, Regierungs-, Justiz-, Kammer-, Militair-, und andere Collegien. Auch der kleine Fürst wollte dem Mächtigern nicht nachstehen, dieser aber es dem Schwächern zuvorthun, und es scheint beynahe, als ob wir an Dicasterien in Deutschland des Guten eher zu viel als zuwenig hätten.

Kein Gesetz hatte den Ständen die Zahl ihrer Instanzen genau zugemessen, vielmehr hatten die meisten schon eine Appellationsinstanz im Lande, von deren Aussprüchen erst in der letzten Instanz die Berufung an das Kammerge-

c) Ebendas. §. 29.

richt Statt fand; daher kam schon in der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1521. der Ausdruck: „den oder die Richter voriger Instanzien“ in der vielfachen Zahl vor [a]: um anzudeuten, daß mehrere Instanzen vorausgehen können, ehe eine Sache an das Kammergericht devolvirt wird. Schon ward der Verordnung, jeden bey seinen ordentlichen Gerichten zu belassen, ein Befehl angehängt, daß jede Obrigkeit die Mißbräuche an den Gerichten abstelle [b].

IX.

Rasche Fortschritte waren in der Ausbildung der Gerichtsverfassung einzelner Länder, selbst unter den Stürmen der Religionsdissidien gemacht, und nun mußte auch die Reichsgesetzgebung hiernach eine festere Richtung erhalten. Jedes neue, gut organisirte Obergericht eines Territoriums war ein neuer Damm gegen die alte Anarchie im Reiche, und viel zu wichtig war jede Gerichtsverbesserung dem Vaterlande, als daß sie nicht allgemeine Begünstigung in den

a) Art. 23. §. 1.

b) Art. 30.

Gesetzen hätte finden sollen. Zwar dürfen wir noch keine ausdrükliche Bestimmung der in den Territorien zulässigen Instanzen erwarten, aber doch leuchtet aus der ganzen Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555. durch seine Uebereinstimmung vieler Stellen der Grundsatz hervor: daß in jedem Lande aus landesherrlicher Gewalt eine obere Instanz anzuordnen sey. Sie erneuert die Sanction der vorigen Kammergerichtsordnungen, daß alle Unterthanen bey ihren ordentlichen Gerichten belassen und in erster Instanz an das Kammergericht nicht gezogen werden sollen *a*). Selbst im Falle verweigerter oder verzögerter Justiz verweißt sie die Unterthanen an das nächste Obergericht und Oberkeit, und erlaubt ihnen erst in dritter Instanz an das Kammergericht sich zu wenden *b*), wie sie denn auch deutlich befiehlt, daß alle Appellationen an den unmittelbar nächsten Oberrichter geschehen sollen *c*).

a) K. G. O. Th. II. Tit. 1. §. 1.

b) Ebendas. §. 2. und Tit. 26. §. 1.

c) Ebendas. Th. II. Tit. 29. §. 1.

X.

Schon war die Justizverfassung nach hundert fünf Jahren, welche Deutschland seit der Reform am Schlusse des fünfzehenten Jahrhunderts durchlebt hatte, ihrer Vollendung entgegengereift, und sogar unter einem Rudolph II. machte der Patriotismus deutscher Reichsstände einen grossen Schritt, um das Justizwesen auch in den Theilen des deutschen Staats seiner Vollkommenheit näher zu rücken. Bis zum Jahre 1600. beschäftigten sich die Reichsgesetze zunächst nur mit Verfassung und dem Prozeßgang des Kammergerichts, ohne für die Verfassung der Territorialgerichte bestimmte Verordnungen zu machen. Aber nun war man in den Geist des Justizwesens schon so weit eingedrungen, daß man die Nothwendigkeit einsah, im Justizwesen bey dem Kammergerichte nicht stehen zu bleiben, sondern auch für die Gerichtsverfassung in den Territorien nähere Vorschriften zu geben.

Die Stände hatten den gerechten Wunsch, die Appellationssumme von hundert fünfzig Gulden auf dreyhundert erhöht zu sehen. Dieser Wunsch wurde auf dem Deputationstage zu

Speyer im Jahre 1600. erfüllt, dabey aber folgende höchst merkwürdige Verordnung angehängt: „Dieweil aber hiebey die höchste Noth„durft erfordert, daß in allen Churfürsten„thumen, Fürstenthumen, Landen, Herr„schaften und Orten, wo die im Heil. „Reich begriffen, die Unter, Ober, und „Hoff, Gericht, in denen Orten es „noch nicht geschehen, und noch Mangel „und Gebrechen bevor, aufs ehest föderlichst „und unverhinderlich visitirt, reformirt, mit „verständigen Urtheilern besetzt, und „in eine gute richtige, der rechten Reichs, und „Kammer, Gerichts Prozeß gemässe Ordnung, „soviel nach eines jeden Orts Gelegenheit im„mer ersprießlich seyn wird, gebracht, und da„rauf festiglich gehalten werde, damit den Un„terthanen, daß sie rechtloß gestellt worden „seyen, Ursachen zu klagen abgeschnitten wer„den; so wollen wir hiemit allen Churfür„sten, Fürsten und Ständen des Reichs, „und allen andern des Reichs einge„sessenen Zugethanen und Verwand„ten, wie die Namen haben mögen, „ernstlich auferlegt und befohlen ha„ben, solche hievor, und jetzo bedachte nütz-

„liche Anordnungen ihrer Unter, Ober,
„und Hof, Gericht, in denen Orten
„es noch nicht geschehen, zum allerehe,
„sten unverhinderlich ihnen und des Reichs
„Unterthanen selbst zum Besten an,
„zuordnen, und darinnen einigen weitern
„Aufschub noch Einstellung nicht zu suchen.“ a).

Welch ein wolthätiges Bestreben, das Ju,
stizwesen in allen Theilen des Reichs auf gemein,
gültige Grundsätze zu bringen, leuchtet aus die,
ser Stelle hervor! Nichts wird mehr vom Her,
kommen, nichts von dem, was ist, sondern
nur von dem, was seyn soll, gesprochen:
nicht mehr mit Umschreibungen, sondern
deutlich und bestimmt eine obere Territorialin,
stanz anerkannt: diese nicht dem Gutbefinden
der Obrigkeiten überlassen, sondern ihr Daseyn,
Verfassung und Prozeßordnung zur Verbind,
lichkeit der Obrigkeiten gemacht, ihnen befoh,
len, Obergerichte da, wo es noch nicht gesche,
hen, anzuordnen und mit verständigen Urthei,
lern zu besetzen. In möglichster Allgemeinheit
wird von Obrigkeiten gesprochen, nicht nur allen

a) R. Dep. A. 1600. §. 15. aufgenommen in das Konz. d. verb. K. G. O. Th. II. Tit. 31. §. 9.

Reichsständen die Verbindlichkeit aufgelegt, sondern den erhaltnen Verfassern dieses wichtigen Reichsgrundgesetzes schien es nicht einmal zureichend, durch Einschaltung der unmittelbaren Reichsritterschaft, wie das bey dem Religionsfrieden geschah a), dem Gesetze Allgemeinheit zu verschaffen; soviele andere Obrigkeiten gab es, welche dem Reiche ohne Mittel unterworfen sind, damit nun keinem spätern Exegeten ein Zweifel aufstoßen möge, ob auch solche Obrigkeiten, die weder Reichsstände noch Reichsritter sind, und denen man den Namen Landeshoheit nicht geben, deren Rechte man den Rechten der Fürsten nicht gleich stellen konnte oder wollte, in diesem Gesetze begriffen seyen, so wurde das Subject, welches Obergerichte anzuordnen verbunden ist, mit den Worten bezeichnet: „alle Stände des „Reichs und alle andere des Reichs „Eingesessene, Zugethane und Ver„wandte, wie die Namen haben mö„gen“ das heißt, alle Unmittelbare Obrigkeiten jeder Art. — Endlich ward die obere Territorialinstanz nicht nur zum öffentlichen Reichsbürgerrechte, das von keinem

a) Rel. Fr. 1555. §. 26.

Territorialverhältniß abhängt, durch eben diese Verordnung erhoben, sondern auch den Unterthanen, deren Bestes als mitwirkender Grund im Gesetze aufgestellt ist, ein Recht auf ein ordentlich besetztes Obergericht vor den Reichsjustizhöfen verliehen.

XI.

Indessen waren der Theile, in welche der Reichskörper zerschnitten ist, zuviel, und viele derselben zu verschieden, als daß dieses Gebot überall gleiche Wirksamkeit hätte erlangen können. Ohnehin schloß sich an die Justizverbesserung vom Jahre 1600. nur zu frühe der fatale dreyßigjährige Krieg an, und hinderte manches in der Ausführung, was wohlthätige Gesetze verordnet hatten. Doch erkaltete der Eifer deutscher Reichsstände für die Verbesserung des Justizwesens niemals; noch im Laufe des Krieges, bey der ersten Hoffnung zum noch fernen Frieden warfen sie auf Justizverbesserung ihr Augenmerk, und die vom Kammergericht im Jahre 1643 übergebenen Vorschläge wurden gleich nach hergestellter Ruhe auf dem Reichstage zu Regensburg (1653.) erwogen.

Sehr

Sehr nachdrücklich erneuerte der jüngste Reichsabschied den Befehl: daß alle Territorialgerichte mit qualificirten Personen besezt werden sollen *a*), ja er ließ es nicht einmal bey dem Befehle, sondern er machte sogar alle Obrigkeiten für alle Mängel in Besetzung der Gerichte oder Administration der Justiz verantwortlich *b*), der Reichsfiscal soll gegen sie handeln.

a) J. R. A. §. 108. — „Und ist solchemnach Unser verordneter Will und Meynung, erinnern auch ernstlich hiemit, und in Kraft dieses, daß Churfürsten, und Ständ dero Gericht mit qualificirten Leuten also bestellen sollen, und wollen, damit sich niemand darwider zu beschweren, oder doch um so viel weniger zu beklagen dahero Ursach nehme, als wären dieselbe im Reich hin und wieder dermassen übel besetzt, daß man sich bey ihnen in rechtlichen, und andern wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit jeweilen nicht zu versehen habe, und dahero ans Kammergericht zu appelliren gedrungen werde."

b) Ebendas. §. 109. „Wann sich auch aus denen am bemeldetem Unserm Kaiserlichen, und des Heil. Reichs Cammergericht durch Appellation, oder sonsten eingebrachten Rechtfertigungen entweder von wegen Ersetzung der Gerichten, oder Administrirung der Justitien einiger Mangel, oder sonsten in facto gnugsam verificirt befinden würde, daß aus des Richters Ungeschick-

XII.

In den hierauf folgenden kaiserlichen Wahlkapitulationen ward nichts Neues über diesen Punct festgesetzt, aber doch liefert uns dieses wichtige Reichsgrundgesetz manche Bestimmung, die unsere Forschungen hierüber erleichtert, uns in das Innere unserer deutschen Staatsverfassung führt, aus ihm sichere Schlüsse auf das Verhältniß der Justizverfassung ziehen läßt, und den Beweis für Allgemeinheit der aufzustellenden Grundsätze ansehnlich verstärkt. Der Kaiser macht die feierliche Zusage, daß er auch die mittelbaren Reichsunterthanen in seinem kaiserlichen Schutze haben wolle a): er verspricht, im römischen Reiche Friede und Einigkeit zu pflanzen, Recht und

> lichkeit, oder Unerfahrenheit, auch Versaumnuß, Corruption, oder Bosheit, zu jemands Präjudiz, Nachtheil, oder Schaden geurtheilt, und gesprochen, das Recht versagt, oder verzogen worden wäre, so solle gegen der schuldhaften Obrigkeit sowohl, als deren geordneten Unter-Richtern gebührende Bestrafung fürgenommen, und durch Unsern Kaiserl. Fiscal zu Einbringung solcher Straff, wie sich gebührt, verfahren werden."

a) Wahlkap. Art. XV. §. 1.

Gerechtigkeit aufzurichten, und zu verfügen, damit sie ihren gebührlichen Gang, dem Armen wie dem Reichen, ohne Unterschied der Personen, Standes, Würden und Religionen gewinnen und haben möge [b]: er verbindet sich, jeden Unmittelbaren oder Mittelbaren bey seinen ordentlichen Gerichten zu belassen [c]. Und im Ganzen leuchtet daraus hervor, daß die Reichsgewalt für alle Theile des Reichs, für alle Unterthanen des Reichs, unabhängig von irgend einem Territorialverhältniß die Rechte der Instanzen durch allgemeine Grundsätze bestimmen wollte; dieses Recht also als ein, von allem Territorialverhältniß unabhängiges, aus dem Reichsverbande selbst fließendes Recht angesehen habe.

XIII.

Manchem Unmittelbaren war die Unterwürfigkeit seiner Gerichte unter den Reichsjustiztribunalen ein Stein des Anstosses, den er zu umgehen wünschte; daher wagten einige

b) Ebendas. Art. XVI. §. 1.

c) Ebend. Art. XVIII. §. 3.

Stände bald nach Errichtung des Kammergerichts, ihre Unterthanen von der Appellation an die Reichsgerichte durch Zwang oder Eide ganz abzuhalten, oder durch vermehrte Feierlichkeiten und Einschränkung der bisherigen, durch unverhältnißmäßige Erhöhung der Succumbenzgelder, durch Erhöhung der Gebühren bey Auslösung der Akten u. d. m. die Appellationen an die Reichsgerichte zu erschweren; alles dieses wurde durch Reichsgesetze ernsthaft verboten *a*). Nur war in keinem Gesetze ausdrüklich die Zahl der Instanzen bestimmt, und manche Stände machten den Versuch, die Zahl der Instanzen in ihrem Lande zu vermehren, es sey nun mit der Absicht, die Appellationen an die Reichsgerichte dadurch zu vermindern, oder aus einem andern Grunde. Nun fiengen auch hingegen die Reichsgerichte zu eifern an, und die Instanzenvervielfältigung wurde im Ganzen für etwas unerlaubtes gehalten. In stäter Uebereinstimmung schritten beyde höchste Reichsgerichte, wo sie eine Instanzenvermeh-

a) R A. 1532. Tit. 4. §. 12. K. G. O. 1555. Th. II. Tit. 28. §. 2. Noch in neuern Zeiten hat das kaiserl. Reichskammergericht gegen Baaden darüber den Reichsfiscal im Jahre 1786. excitirt, vergl. Reuß Staatskanzl. Th. XVI. S. 1.

rung über die Gränzen bemerkten, von Amts-wegen ein, ohne daß der Grund dieser Erkenntnisse, welcher doch nur in den Gesetzen liegen kann, genugsam erforscht worden wäre.

XIV.

Soll dieser wichtige Gegenstand vollkommen erörtert werden, so muß eine Untersuchung vorausgehen, ob das Verhältniß der Instanzen von der Territorialgewalt oder von der Reichsgewalt abhänge. Hierauf muß aus den Reichsgesetzen das Instanzenverhältniß dargestellt werden, um bestimmen zu können, wer Instanzen anzuordnen oder ihre Anordnung zu fordern das Recht und die Verbindlichkeit habe; wie viele Instanzen erlaubt und nothwendig seyen; wann diese Gränzen überschritten werden, und welche Grundsätze bey der Ausübung des Rechts mehrerer Instanzen befolgt werden müssen. Ueberall werde ich, wo es nothwendig ist, die einzelnen Sätze, die in jedem höhern Grundsatze enthalten sind, zergliedern.

XV.

Ich werde nicht irren, wenn ich den Grund mancher Inconsequenz der bisher be-

haupteten Sätze darin setze, daß man das Verhältniß der landesherrlichen Gewalt zur Reichsgewalt in Beziehung auf Justizverfassung, nach dem eigenthümlichen Character der deutschen Staatsverfassung nicht sorgfältig genug ausmittelte; denn wer kann, ohne Voraussetzung dieser Untersuchung genau die Gränzen der landesherrlichen Gewalt abstecken? Aber es ist keine geringe Schwierigkeit, das allgemeine Staatsrecht, auf welches man zurückgehen muß, auf die ganz ausgezeichnete deutsche Staatsverfassung richtig anzuwenden, und die Klippen zu umgehen, welche aus der Subordination einer Staatsgewalt unter einer höhern Staatsgewalt sich bilden.

Richterliche Gewalt ist constitutiver Theil der obersten Gewalt im Staate. So wie das Daseyn der richterlichen Gewalt eine unmittelbare Folge des Staatsvereins ist, so macht auch die Anordnung der Gerichtshöfe, das Daseyn und die Zahl der Instanzen, ihre Subordination, ihre Verfassung einen wesentlichen Bestandtheil der Staatsgrundgesetze aus.

Ueberträgt man diesen Satz aus dem allgemeinen in das positive deutsche Staatsrecht,

so ist es schon a priori auch ohne Voraussetzung positiver Bestimmungen richtig, daß in Deutschland, so lange es rechtlich als ein Staat, der Theilung in mehrere subordinirte Staaten ungeachtet, betrachtet werden muß, die Maxime der Staatseinheit als vorwaltende, welcher die Maxime der Staatentrennung nur subordinirt, nicht coordinirt ist, allen Forschungen zum Grunde liegen muß; denn kein Einwohner Deutschlands hört auf Reichsbürger zu seyn, weil er Unterthan eines Landesherrn ist.

Sicherung der Rechte durch richterliche Gewalt ist demnach einer von den Zwecken des deutschen Staatsvereins, bey welchem Deutschland nur als ein Staat, der Unterthan nur als Reichsbürger erscheint, und die Bestimmung des Verhältnisses der Gerichte ist sichtbar ein Theil der Reichsgrundgesetzgebung, im Grundsatze von irgend einem Territorialnexus unabhängig. Anerkannt ist der Satz durch viele Reichsgrundgesetze: daß Rechtsmittel überhaupt Statt finden, daß Instanzen angeordnet sind, daß von den obersten Landesgerichten an die Reichsgerichte

appellirt wird, an welche Förmlichkeiten die Rechtsmittel gebunden, mit welchen Wirkungen sie verknüpft sind, alles dieses gehört zum staatsrechtlichen Verhältniß jedes Reichsunterthans, ist vom Territorialnexus unabhängig, und ein Object vieler besondern Verordnungen der Reichsgesetze, welche zu bekannt sind, als daß sie hier besonders genannt zu werden brauchten. Selbst für den Fall, daß ein Gegenstand wegen Mangel der Summe an ein Reichsgericht nicht appellabel ist, sorgte die Reichsgewalt durch das Rechtsmittel der Revision in den Territorialgerichten. Am deutlichsten wird aber der Satz, daß die Reischgewalt das Justizwesen im Reiche, nicht nur insoweit, als es mit den Reichsgerichten in Verbindung steht, sondern überhaupt auch in den Territorien zum Objecte ihrer Staatsgesetzgebung gemacht habe, durch den ernsthaften Befehl sichtbar, welcher im Jahr 1600. an die Stände wegen ordentlicher Besetzung ihrer Unter- und Obergerichte ergieng (§. X.), doppelt sichtbar durch die allen Obrigkeiten im Jahr 1654. darüber aufgelegte Verantwortlichkeit (§. XI.).

XVI.

Gegenstände, welche zur Grundgesetzgebung des Staats in seiner Gesammtheit gehören, können durch Dispositionen einer untergeordneten gesetzgebenden Gewalt, wie die deutsche Landeshoheit ist, nicht abgeändert werden, sind kein Spielraum für Willkühr dieser Gewalt; daher ist die Anordnung der Instanzen im Grundsatze kein Gegenstand der Territorialgesetzgebung, soweit, als die Reichsgesetzgebung darüber disponirt, und speciellen Verfügungen der landesherrlichen Gewalt keinen Spielraum gelassen hat. Anerkannt sind manche Wirkungen dieser Grundsätze, indem kein Landesherr die Appellation an die Reichsgerichte erschweren oder verbieten, keinem das Rechtsmittel der Revision entziehen darf a), aber was hindert uns, ihnen allgemeine Gültigkeit zuzugestehen?

Mit der eigennützigen Darstellung von einem Praejudicium Jurisdictionis Caesareae hat man der Wahrheit viel geschadet, den

a) Mehrere Folgen in Beziehung auf das Rechtsmittel der Revision siehe in meinen Erörterungen S. 207.

wichtigen Gegenstand in das falsche Licht des kaiserlichen Privatinteresse gestellt, die gute Sache verhaßt, und den Reiz, Vortheile an sich zu ziehen, in den Reichsständen rege gemacht. Man verlasse also diese schiefe, nur von den dabey wirklich interessirten Cameralschriftstellern erfundene Darstellung, man spreche nicht von einem Praejudicium jurisdictionis Caesareae, und die Wahrheit wird deutlich mit allen Consequenzen vor den Augen stehen!

Die deutsche Landeshoheit, auch im höchsten Grade ihrer Selbstständigkeit gedacht, kann nur auf Gegenstände wirken, wobey ein deutscher Unterthan nicht in seiner Eigenschaft eines Reichsbürgers, sondern nur im innern Territorialverhältnisse zu betrachten ist. Ausser dieser Linie ist Landeshoheit nicht mehr Quelle der Rechtsverhältnisse, sey es nun, daß es Gegenständen gilt, welche zur Gesammtheit des Reichs und seiner gemeinsamen Grundgesetzgebung gehören, oder daß bey einem Gegenstande ein Land oder dessen Unterthan im auswärtigen Verhältnisse gegen ein anderes deutsches Land zu betrachten ist. Diesen wichtigen

Grundsatz, nach welchem die Gränzen der landesherrlichen Gewalt abzustecken sind, dictirt die Vernunft nach einer richtigen Beurtheilung des Geistes unserer Reichsverfassung, und selbst der Westphälische Frieden baut auf ihn wichtige Folgen a); er ist demnach ein allgemein gültiger Grundsatz, und in seiner Allgemeinheit auch bey dem Justizwesen wirksam, wenn er auch aus den Reichsgesetzen nur in Theilen, nur in einzelnen Dispositionen hervorleuchtet.

Durch die rechtsprechende Gewalt sollen die streitigen Rechte entschieden und durch dieses Mittel Sicherung der Rechte, als Staatszweck erreicht werden. Wenn nun die Reichsgewalt auch Verfolgung des Rechts gegen die vom Richter herstammenden Verletzungen durch Rechtsmittel und Instanzen als Mittel der Sicherung unserer Rechte sanctionirt, so erheben sich diese Gegenstände aus dem engen

a) In Zusammenstellung der §§. 1. 14. 31. Art. V. Osn. Fr. Vergleiche meine Abh. über Veränderungen der Religionsübung gegen den Zustand des Normaljahrs, ein Commentar über §§. 30. und 31. Art. V. des Osn. Fr. (Landshut, 1802. 8.) §. 31. §. 80—87.

Kreise des Territorialnexus zu Objekten der Reichsgrundgesetzgebung; denn jeder Reichsunterthan hat diese Mittel nicht aus dem Verhältnisse zum Landesherrn, unter dem er lebt, sondern aus seinem Verhältnisse zum gesammten Reiche, dessen Unterthan er ist und auf dessen Schutz er gleichen Anspruch hat, in welchem Theile des Reichs er immer wohnt.

Dieser aus dem allgemeinen ins positive deutsche Staatsrecht **richtig** übertragene Grundsatz ist durch kein positives Gesetz abgeändert, vielmehr durch viele besondere Verordnungen anerkannt *b*), und es war nur nothwendig, ihn, dessen Wirkungen so oft in zerstreuten gesetzlichen Bestimmungen sichtbar sind, bey einer wissenschaftlichen Bearbeitung **als allgemein** aufzustellen, hierdurch das in den Gesetzen Unbestimmte zu ergänzen, und das Ganze in ein richtiges System zu bringen.

Fest steht demnach der **erste** Grundsatz als **Regel: das Justizwesen in allen Theilen des deutschen Reichs ist nach**

b) Sie werden in der Folge ausführlich dargestellt, vergl. unten §. XXVI.

seiner Natur und nach den Gesetzen ein Gegenstand der Reichsgrundgesetzgebung, und in Grundsätzen von der landesherrlichen Gesetzgebung nicht abhängig.

XVII.

Aber wie sollen mit dieser Regel jene ausgezeichneten Rechte vereinbar seyn, welche den Landesherrn in ihren Territorien selbst durch Reichsgrundgesetze [a]) zugesprochen werden? Wer hat noch einem Landesherren das Recht bestritten, seine Justizhöfe im Lande organisiren, neue Gerichte zu etabliren, alte aufzuheben oder zu consolidiren, Prozeßordnungen zu machen u. d.? Ich bekenne, daß die Eigenheiten unserer Staatsverfassung ein scharfes Denken erfordern, um in Aufstellung und Anwendung allgemeiner Maximen nicht zu straucheln; aber mein oberster Grundsatz besteht dennoch, nur muß er richtig verstanden, und nach dem Geiste unserer Verfassung modificirt werden.

a) Wahlkap. Art. I. §. 8. nennt unter den Rechten, worin dem Landesherrn von Niemand ein- oder vorgegriffen werden darf, ausdrücklich Landeshoheitsrechte in Justizsachen.

Die Reichsgrundgesetze beschränkten sich auf allgemeine Grundsätze über das Justizwesen, und überließen den deutschen Landesherrn die ganze Anordnung des Justizwesens in ihren Territorien, jedoch allemal nach der Subordination der Landeshoheit unter der höhern Reichsgewalt nur insoweit, als diese Anordnungen mit den Grundsätzen vereinbar sind, welche die Reichsgrundgesetze für das Justizwesen im Ganzen aufstellten, daher der zweyte Grundsatz als Limitation der vorher angeführten Regel: das Justizwesen in einzelnen Territorien ist der landesherrlichen Disposition insoweit überlassen, als nichts an den durch Reichsgrundgesetze aufgestellten Grundsätzen abgeändert wird. Es wird nicht ohne Nutzen seyn, die Anwendung dieser beyden Grundsätze, der Regel und ihrer Limitation, in Beyspielen zu zeigen.

XVIII.

Vermöge der Regel müssen die Landesherrn Rechtsmittel gegen Erkenntnisse zulassen [a], ihre Gerichte überhaupt mit wohl qua-

a) Nach der Analogie der R. D. A. 1600. §. 16. und J. R. A. §. 113.

lificirten Personen, und ihre Obergerichte mit einer genugsamen Anzahl beständiger Mitglieder besetzen [b]), auch bey einem uneingeschränkten Appellationsprivilegium und der hierdurch etwa im Lande bestimmten Appellationssumme müssen sie im Mangel dieser Summe Revision und Aktenversendung zulassen. Aber sie können vermöge der Limitation ihre Untergerichte zweckmäßiger nach dem geographischen Umfange abtheilen, nach dem wachsenden Bedürfniß des Staats Handelsgerichte oder Berggerichte neu etabliren, wenn Handel oder Bergbau sich emporschwingt, sie wieder eingehen lassen, wenn er sinkt; sie können die Zahl der Mitglieder ihrer Obergerichte vermehren oder vermindern, sie in Senate abtheilen, sie von einer Stadt in die andere verlegen, die Formalien und Fatalien der Rechtsmittel für ihre Landesgerichte bestimmen u. s. w. Durch das erste werden die Forderungen des gemeinsamen Reichsverbandes befriediget, durch das letzte die Selbstständigkeit der Territorialgewalt in ihren Gränzen aufrecht erhalten, und selbst durch Beyspiele ist die Wahr-

b) J. R. A. §. 108. 109.

heit und Brauchbarkeit der beyden bisher entwickelten Grundsätze erprobt.

Nach dieser Präliminaruntersuchung soll nun zuerst erörtert werden, wie viele Instanzen in Deutschland durch die Reichsgrundsetze erlaubt seyen.

XIX.

Die zwey äussersten Punkte sind durch klare gesezliche Bestimmungen über allen Zweifel erhoben. Die erste Instanz hat jeder Mittelbare im Lande, denn es ist den Reichsgerichten in der Regel verboten, Streitigkeiten der Mittelbaren in erster Instanz an sich zu ziehen. Die oberste Instanz machen die Reichsgerichte oder deren Surrogat, nämlich in den mit einem Appellationsprivilegium versehenen Landen die Revisionsgerichte, und im Mangel der Appellationssumme das zur Revision angeordnete Gericht oder die Juristenfacultät, an welche die Akten versendet wurden. Nur ist zu beklagen, daß die Gesetze die Entfernung dieser beyden Punkte nicht genau angegeben, daß sie nicht bestimmt haben, ob und wie viele Instanzen in der Linie liegen, welche durch diese zween

Punkte beschränkt wird. Indessen bieten uns Gesetze und Geist der Reichsverfassung Gründe genug dar, um diese Lücke mit Bestimmtheit auszufüllen.

Schon im Ursprung hatten die grössern unserer heutigen Landesherrn noch als königliche Beamte eine Art von Obergerichtsbarkeit oder zweyter Instanz; sie behielten diese, als sie von Kronbeamten zu Regenten ihrer Länder emporstiegen, und befestigten ihre Befugniß dadurch, daß es ihnen glükte, die concurrirende Gerichtsbarkeit des Kaisers aufzuheben. Das römische Recht begünstigte diese obere Territorialinstanz, indem es überall drey Instanzen zuließ, und die Mittelinstanz zwischen dem Untergerichte und dem obersten kaiserlichen Justizhofe nur durch ein landesherrliches Obergericht hergestellt werden konnte. Gleichen Einfluß hatten die Verordnungen des kanonischen Rechts, und wenn doch nach Zachariäs Bemerkung *a*) die Hirarchie einen Einfluß auf die Ausbildung des Territorialsystems hatte, so war nichts natürlicher, als daß von der ersten Instanz im Lande nicht unmittelbar an

a) Geist der deutschen Territorialverfassung. Leipz. 1800. 8. S. 38.

den Kaiser, sondern vorher an den Landesherrn, so wie vom geistlichen Gerichte zuerst an den Bischof oder Metropoliten und dann erst in der dritten Instanz an den Papst, appellirt wurde. So lag nicht nur allen Vorschlägen zur Verbesserung des Reichsjustizwesens die Idee zum Grunde, daß man in Deutschland sein Recht durch drey Instanzen verfolgen könne (§. III), sondern auch die Vorstellungen, welche man nach entstandener Landeshoheit sich von ihrem Verhältnisse zur kaiserlichen Gewalt machte, begünstigten die obere landesherrliche Instanz, wie nämlich man sich den Kaiser als obersten Richter im Reiche dachte, so sah man im Landesherrn den obersten Richter im Lande; eine obere landesherrliche Instanz war davon eine ganz natürliche Folge, und schon die erste Ordnung des wiedergebohrnen Kammergerichts verordnete: daß keine Appellation angenommen werden sollte, die nicht gradatim, das ist an das nächste ordentliche Obergericht geschah [b]). Dieser Ausdruk: das nächste ordentliche Obergericht, bestimmt sehr deutlich, daß noch vor dem

b) K. G. O. 1495. §. 13.

Kammergericht ein anderes ordentliches Obergericht vorhergehen könne, und es ist begreiflich, daß dieses Obergericht nur ein landesherrliches seyn kann; noch bestimmter aber leuchtet dieser Geist aus der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555. hervor (§. IX).

XX.

Bestätiget das Angeführte, daß in jedem Lande eine obere Instanz von der Obrigkeit angeordnet werden könne, daß also im Ganzen drey Instanzen im Reiche erlaubt seyen, so liefern uns die folgenden Reichsgesetze den Beweis: daß sie angeordnet werden müssen, selbst ihre Nothwendigkeit mit Ausschliessung aller Willkühr ist durch Reichsgrundgesetze entschieden.

Ohnehin vertrug das Justizwesen keine Hinweisung auf das Herkommen, denn das Herkommen hätte in den Geschichtsforschungen zur alten Barbarey geführt, und hier verboten die Grundgesetze ausdrüklich den Mißbrauch, der nicht selten von der Geschichte gemacht wird, indem mancher Geschichtsforscher, der nur entwickeln sollte, wie das Bessere geschah, uns

in die eiserne Zeit des Mittelalters zurückzubringen suchte. Nichts ward vom Herkommen gemeldet, was geschehen sollte, ward durch ein gebietendes Gesetz bestimmt. Der Deputationsabschied vom Jahre 1600. und ganz übereinstimmend mit ihm der jüngste Reichsabschied haben allen Reichsständen und Obrigkeiten ernstlich befohlen, die Unter- und Obergerichte, in denen Orten es noch nicht geschehen, mit verständigen Urtheilern zu besetzen, sogar wurden sie für alle Mängel in Ersetzung der Gerichten (der Unter- und Obergerichte) verantwortlich gemacht *a*). Gesetze, welche über Gegenstände kein vollendetes System aufstellen, sondern sie nur in Bruchstücken bearbeiten — und dies ist leider bey unsern Quellen des Staats- und Privatrechts in Deutschland der Fall — können wahrhaft nicht deutlicher sprechen, können den Imperativ: es soll in jedem Theile des deutschen Staats ein Untergericht und ein Obergericht von der Obrigkeit angeordnet werden, nicht bestimmter vortragen, als es die Reichsgesetze

a) R. D. A. 1600. §. 15. J. R. A. §. 108. 109. oben im §. X. u. XI. wörtlich eingerückt.

in diesen nur von einem Geist belebten Verordnungen thaten! Natur der Sache, Geist der deutschen Staatsverfassung, deutliche Reichsgrundgesetze erheben demnach den Satz zum allgemein gültigen Grundsatz: es soll in allen Theilen des deutschen Reichs ein Untergericht und ein Obergericht angeordnet seyn, von welchem letzten die Berufung an eines der höchsten Reichsgerichte oder an eines ihrer Surrogate in der letzten Instanz Statt findet.

XXI.

Der Grund des Gesetzes ist zu wichtig für die folgende Untersuchung, als daß er hier mit Stillschweigen übergangen werden könnte. Zwey Subjekte, Landesherrn und Unterthanen, kommen hier in Betrachtung; und zweyfach ist der Grund, auf welchem der aufgestellte allgemeine Grundsatz ruht. Von Seiten des Landesherrn ist der wirkende Grund das Evocationsrecht, welches im Ursprunge ein Privilegium der Einzelnen war, aber nach erloschener Concurrenz der kaiserlichen Jurisdiction, nach ausgebildetem Landeshoheitssysteme nur als Folge

der Selbstständigkeit deutscher Territorien, folglich als gemeines Recht für alle diejenigen zu betrachten war, denen Landeshoheit oder ein ähnliches Recht zukömmt, weshalb schon die erste Kammergerichtsordnung, ohne von Privilegien de non evocando etwas zu melden, als allgemeine Regel aufstellte: daß Mittelbare in erster Instanz an das Kammergericht nicht gezogen werden sollen. Von Seiten der Unterthanen ist der gleiche Schutz ihrer Rechte, welchen ihnen die Reichsgewalt schuldig ist, und die Reichsgrundgesetze feyerlich zusagen *a*), der Grund; selbst die Gesetze befehlen den Obrigkeiten, gut besetzte Unter- und Obergerichte des Reichs Unterthanen selbst zum Besten anzuordnen (§. X.).

XXII.

Ehe ich zur besondern Auseinandersetzung aller Grundsätze übergehe, welche in den Reichsgesetzen über das Instanzenverhältniß liegen, muß ich noch eine nähere Untersuchung derjenigen Subjecte vorausschicken, welchen als Obrigkeiten das Recht und die Verbindlichkeit der Instanzenanordnung zukommt.

a) Wahlkap. Art. XV. §. 1.

Daß Churfürsten, Fürsten und Stände aus landesherrlicher Gewalt, obgleich immer entfernt vermöge der Reichsgrundgesetze, das Recht der zweyten Instanz haben, scheint beynahe keinem Widerspruch unterworfen zu seyn. Bey den größern Territorien findet man ohnehin besondere Dicasterien zur Ausübung der zweyten Instanz angeordnet; selbst den Reichsstädten spricht Pütter *a*) und Häberlin *b*) das Recht zu: Appellationen von Urtheilen der Untergerichte an den Magistrat zu gestatten. Und wer sollte die Kanzleyen vieler Reichsgrafen und Reichsprälaten nicht kennen, welche auch die Gerichtsbarkeit in zweyter Instanz ausüben?

Aber den übrigen kleinern unmittelbaren Obrigkeiten in Deutschland: Reichsrittern, unmittelbaren Herrschaften, Ganerbinaten, Reichsdörfern u. d., welche doch auch einen großen Theil von Deutschland ausmachen, scheint man nicht ungetheilt das Recht der zweyten Instanz zuzugestehen. Besonders

a) Inst. Jur. publ. §. 294.

b) Handb. des deutsch. Staatsr. B. II. §. 294.

machten die höchsten Reichsgerichte unmittelbaren Reichsrittern und den Rittercantonen das Recht der zweyten Instanz schon von langer Zeit her streitig. Aelterer Beyspiele c) nicht zu gedenken; so bekam dieser Gegenstand neues Interesse durch ein Rescript des kaiserlichen Reichshofraths vom Jahr 1789.

XXIII.

Der Ritter-Canton Gebürg in Franken hatte der vom Kaiser bestätigten Austragsordnung vom Jahre 1772. eine im Jahre 1751. erlassene Verordnung angehängt: daß die Streitsachen von den Gerichten einzelner Reichsritter, nur dann in zweyter Instanz bey dem Canton angebracht werden können, wenn sie die Summe von 100 fl. übersteigen. Sichtbar hat sich hierin die Ortsinstanz als Appellationsgericht gerirt; und doch wurde diese Austragsordnung im Ganzen vom Kaiser bestätiget. Der Canton erkannte unbedenklich in der Apellationsinstanz, und mehrere Beyspiele können aufgezeigt werden, wo der kaiserliche Reichs-

c) Bey Cramer Obs. Jur. Univ. Obs. 212. 230. und bey Schneidt in der angeführten Dissertation §. 63.

hofrath in dritter Instanz Appellationen von diesem Gerichtshofe annahm, durch Compulsorialien von ihm die Akten der zweyten Instanz abforderte, sogar Streitsachen reichsritterschaftlicher Unterthanen an den Canton als Richter zweyter Instanz remittirte. Aber in dem letzten Viertheil des abgewichenen Jahrhunderts änderte dieses Reichsgericht seine Grundsätze. In kurzer Zeit waren zwey Appellationssachen vom Canton Gebürg an den Reichshofrath gebracht, und er fand sich bewogen, dem Canton Bericht darüber abzufordern, wie er dazu komme, sich eine Appellationsinstanz anzumassen? Aus einer Meisterhand floß dieser Bericht, worin die kaiserliche Bestätigung, die bisherige Observanz und politische Reflexionen über den Vortheil, welchen hieraus die reichsritterschaftlichen Unterthanen genießen, besonders geltend gemacht waren. Allein er blieb ohne Erfolg, denn am 3. März 1789. erging unter dem Rubrum: Voit von Rieneck Graf, contra Träger et Cons. appellationis, den Trägerischen Recurs betreffend, folgendes merkwürdige Conclusum: 1) Ponatur der Reichsritterschaft in Franken Orts-Gebürg allerunterthänigster erstatteter Bericht de praes. 19 Decemb. 1785. ad acta.

2) decernuntur quidem petiti appellationis proceſſus, sed

3) ſuspensa illorum expeditione reſcribatur erſagter Reichsritterſchaft: Es ſey ihr in gegenwärtiger Sache beobachtetes Verfahren mit mehreren offenbaren Nichtigkeiten behaftet, worunter vorzüglich insbeſondere jene gehöre, daß ihr überhaupt keine Cognition gebühret habe. Es werde ihr daher erſagtes Verfahren ernſtlich nicht nur verwieſen, ſondern auch daſſelbe ſammt dem Urtheile vom 24. Novemb. 1783 als nichtig hiemit aufgehoben, fort ihr anbefohlen, ſich deren Vollſtreckung, wie aller weitern Erkenntniß in dieſer Sache gänzlich zu enthalten, und dero appellatiſchen Theil, es ſey ex capite nullitatis proceſſus, oder protractae, vel denegatae Juſtitiae an die höchſte Reichsgerichte lediglich zu verweiſen. Und gleichwie ihr Reichsritterſchaft übrigens eben ſo wenig zuſtehe, von einem ritterſchaftlichen Mitgliede, oder deſſen Gerichten Appellationen anzunehmen, noch darin zu erkennen, wenn nicht das Iudicium a quo ſelbſt ſowohl, als beide Parteien mit der eingewandten Berufung in modum compromiſſi ausdrücklich einverſtanden ſeyen: als werde ihr mit Caſſation der puncto Summae appella-

bilis ganz unbefugter Weise erlassenen Verord. nung vom 18. März 1751 weiters hiedurch injungirt, dergleichen, auser jenem Specialfall an sie gelangende Appellationen, schlechterdings ebenmäßig ab und an erwähnte Reichsgerichte zu verweisen.

Wie nun dieselbe dieses befolgt, auch zu befolgen gedenke, darüber seyen Kaiserlicher Majestät deren allerunterthänigste Anzeige in term. 2. Mensium gewärtig. *a*)

XXIV.

Ich kann mich in diesem Gegenstande durch reichsgerichtliche Präjudicien schlechterdings nicht bestimmen lassen; sie sind mir willkommene Erscheinungen zur Erläuterung des Prozesses, aber in dem wichtigen Gegenstande des öffentlichen Rechts, in der Lehre von Instanzen können sie als Quelle staatsrechtlicher Verhältnisse niemals betrachtet werden *a*). Ueberdies man-

a) Schneidt in der angef. Dissert. §. 64.

a) Man vergleiche die schöne Abhandlung von Grolmann in dem Magazin für die Philos. d. Rechts. B. 1. St. 2. §. 166.

gelt es ihnen an Einförmigkeit: denn es zeugt doch wahrlich von keiner großen Conformität in Principien, wenn im Jahre 1680. die Reichsritterschaft am Niederrheinstrom in einem Ritterabschied, welcher gewiß dem Kaiser nicht verborgen blieb, eine Appellationsinstanz festsetzte, und wenn sie darüber erst im Jahre 1757. zur Berichtserstattung, was es damit für eine Beschaffenheit habe, angewiesen wird *b*): oder wenn eine Austragsordnung, welcher sogar eine besondere Verordnung für Appellationen an den Canton angehängt ist, kaiserliche Bestätigung im Jahre 1772. erhält, mehrere Appellationen von diesem Gerichte an den Reichshofrath angenommen, einige Sachen sogar an den Canton als Richter zweyter Instanz zurükgewiesen wurden, nachher erst 1785. dieser Appellationsinstanz quaestio status gemacht, und diese endlich vier Jahre nach erstattetem Berichte zernichtet werden will.

Schon von dieser Seite betrachtet gewähren die Erkenntnisse der höchsten Reichsgerichte keine große Ausbeute. Denkt man sich aber hinzu, daß es bey den Grundsätzen über Instanzenverhältniß

b) Bey Schneidt a. a. O. S. 60.

dem öffentlichen Rechte gilt, und daß reichsgerichtliche Erkenntnisse auf keine Art Grundsätze abändern dürfen, welche die Reichsgrundgesetze aufs deutlichste aufgestellt, als Befehle aufgestellt haben, so wird man mir keinen Vorwurf darüber machen, daß ich aus der reinsten Quelle, den Reichsgrundgesetzen schöpfe, und, solange sie genügen, mich durch keine Präjudicien auf Abwege bringen lasse.

XXV.

Wenn es überhaupt schwer zu begreifen wäre, daß ein deutscher Unterthan in einem fürstlichen Lande zwey Territorialinstanzen habe, und nur eine behalte, sobald er in ein reichsritterschaftliches Gebiet zieht, oder daß die Instanz davon abhänge, ob sein Herr mächtig oder nicht mächtig, sein Land groß oder klein ist; wenn man es mit Bedauern für eine Anomalie erklären müßte, sollten auch unsere Staatsgesetze diese Inconsequenz zur Wahrheit und diese zufälligen Dinge zu Erkenntnißgründen des Rechts erhoben haben: so muß man gewiß diese Anomalie nicht eher als Wahrheit anerkennen, bis sie durch deutliche positive Bestimmungen erwiesen worden ist. Zum Glücke ist aber nicht nur dieser Be-

weis unmöglich, sondern sogar das Gegentheil durch Reichsgrundgesetze befohlen, welche keinen Zweifel übrig lassen.

Der Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600, durch welchen das Justizwesen im Ganzen mehr Consistenz bekam, und worin besonders das Verhältniß der Territorialgerichte zu den Reichsgerichten näher bestimmt wurde, geht von dem Grundsatz aus: daß in jedem Lande Unter- und Obergerichte seyn sollen, von denen erst in der dritten Instanz, und selbst da nur in Vorausetzung der bestimmten Summe die Appellation an ein Reichsgericht Statt findet. Aber dieser Grundsatz konnte auch nur dann auf allgemeine Gültigkeit in allen Theilen Deutschlands Anspruch machen, wenn in diesen Theilen Einförmigkeit der Anstalten wenigstens im Grundsatz herrschte, eine Einförmigkeit in allen Theilen, welche gar keinen Unterschied der Unmittelbaren, gar keine Rücksicht auf Reichsstandschaft, auf Größe oder Geringfügigkeit des Theils, auf Fürstenwürde, auf andere Verbindungen, und am wenigsten auf das Herkommen vertrug; denn es sollte besser werden, und man stellte Grundsätze auf, wie es ge-

schehen sollte. Es ward demnach befohlen, „ernstlich auferlegt und befohlen, daß „alle Churfürsten, Fürsten und Stände des „Reichs und alle andere des Reichs ein„gesessene Zugethane und Verwand„te, wie die Namen haben mögen, mit „verständigen Urtheilern Unter- und Ober„gerichte in denen Orten es noch nicht „geschehen, zum allerehesten unver„hinderlich ihnen und des Reichs Un„terthanen selbst zum Besten anordnen, „damit den Unterthanen, daß sie recht„loß gestellt worden seyen, Ursachen zu „klagen abgeschnitten werden mögen" a). Der jüngste Reichsabschied b) wiederholt im Ganzen diesen Befehl, macht die säumigen sogar dafür verantwortlich und fiscalischen Klagen unterworfen und sucht nur durch den ganz allgemeinen Ausdruk „Obrigkeit" das Subjekt zu bezeichnen, dem er nach dem vorhergehenden Reichsgesetze Verbindlichkeiten auflegte.

a) R. D. A. 1600. §. 15. oben §. X. wörtlich eingerückt.

b) §. 108. und 109. oben §. XI.

XXVI.

Nur an diese Verordnungen dürfen wir uns halten, um alle Grundsätze für das Verhältniß der Instanzen in Deutschland aus der reinsten Quelle zu schöpfen.

I. Es ist hier nicht blos die Rede vom Rechte zweyer Instanzen, sondern vielmehr von der Verbindlichkeit, und beynahe scheint es im Geiste dieses Gesetzes, in seiner ganzen Structur zu liegen, daß den unmittelbaren Obrigkeiten das Recht zweyer Instanzen in ihren Herrschaften nur im Gewande einer Verbindlichkeit zugestanden werden sollte. Doch erkenne ich auch hierauf ein Recht der unmittelbaren Obrigkeit, weil eines Theils das jus de non evocando darauf hinweiset, andern Theils aber die Verbindlichkeit auch das Recht mittelbar in sich schließt.

II. Das Subjekt, dem das Recht zweyer Instanzen zukömmt, sind einmal die Unterthanen: denn die Gesetze stellten als Grund namentlich auf, damit die Unterthanen nicht rechtlos seyen, und es ist sehr merkwürdig, daß die Unterthanen unter dem Namen Reichs-

unterthanen aufgeführt werden, denn dieser Name bezeichnet mit großer publicistischer Schärfe die Rechtseigenschaft, in der sie hier erscheinen; er beweißt, daß bey den Instanzen nicht sowohl das Territorialverhältniß, als viel mehr das Reichsbürgerrecht entscheide; er bestärkt alle, aus dem Geiste der Reichsverfassung oben abgeleitete Grundsätze (§. XV — XVIII.). Auch in der täglichen Praxis wird die rechtmäßige Instanz zu den Rechten der Parteyen gezählt: indem diese, wenn eine Instanz unbefugterweise übergangen wurde, sich mit der Einrede der ersten Instanz schützen können.

XXVII.

III. Auch die Obrigkeiten sind ein berechtigtes Subjekt, auch sie haben ein Recht, in ihren Gebieten eine obere Instanz anzuordnen, und zu fordern, daß ihre Unterthanen dieser Instanz nicht widerrechtlich entzogen werden; alles kömmt nur darauf an, zu bestimmen, welche Subjekte unter diesem Ausdruck begriffen seyen. Schon als Recht der Unterthanen kann die Instanz von zufälligen Eigenschaften ihrer Obrigkeit nicht abhängen, und nach sehr um-

ständlichen Verordnungen der Reichsgrundgesetze haben alle unmittelbare Obrigkeiten gleiche Rechte, ohne daß irgend eine Classe der Unmittelbaren hievon ausgenommen wäre (§. XXII.). 1) Der Deputationsabschied vom Jahre 1600. fordert, daß „in allen Chur„fürstenthumen, Fürstenthumen, Landen, „Herrschaften und Orten, wo die im Reich „begriffen, Unter- und Obergerichte ange„ordnet werden; Ausdrücke, welche ihrer ener„gisch vorgetragenen Allgemeinheit wegen auf alle Arten deutscher Länder und Gebiete passen, und jede Verschiedenheit zwischen größern und klei„nern Territorien, zwischen Territorien und so„genannten Herrschaften oder Gebieten sichtbar ausschliessen. 2) Eben dieses Reichsgesetz war hiemit noch nicht zufrieden, sondern es benannte auch mit ausdrüklicher Auszeichnung von Fürsten und Ständen neben ihnen alle andere des Reichs eingesessene Zugethane und Verwandte, wie die Namen haben mögen; sie alle sollten, wie die Reichsstände, an alle Orten Unter- und Obergerichte anordnen, und mit verständigen Urtheilern besetzen (oben §. X.). 3) Der jüngste Reichsabschied braucht bey Schärfung dieses Befehls den

allgemeinen Ausdruk Obrigkeit (§. XI.), und so liegt es denn am Tage, daß nicht nur alle Churfürsten, Fürsten, Reichsgrafen, Reichsprälaten, Reichsstädte, welche insgesammt unter dem Namen Reichsstände verstanden werden, sondern auch Reichsritter, Dynasten, Ganerbschaften, freye Herrschaften, unmittelbare Corporationen u. d. rükſichtlich ihrer unmittelbaren Güter, sogar Reichsdörfer, gleiches Recht und gleiche Verbindlichkeit zur zweyten Instanz haben; denn nur von seiner unmittelbaren Obrigkeit kann jeder Reichsunterthan die Realisirung desjenigen erwarten, was Reichsgrundgesetze zur Sicherung der Rechte aller Reichsunterthanen befehlen. Jede unmittelbare Obrigkeit hat also hiezu Recht und Verbindlichkeit, unmittelbare Obrigkeit ist demnach der einzige Character des zur Anordnung zweyer Instanzen, eines Untergerichts und eines Obergerichts, berechtigten und verbundenen Subjekts, unmittelbare Obrigkeit im allgemeinsten Sinne, der gar keine Einschränkung durch irgend eine Classe der Unmittelbaren verträgt, und die unmittelbare Reichsritterschaft desto gewisser in sich schließt, da sie sogar in dem wesentlichen Hoheitsrechte auf Religion, schon im Religions- und

westphälischen Frieden *a*) und bey den meisten übrigen Hoheitsrechten durch die kaiserliche Wahlkapitulation *b*) den Reichsständen gleich gestellt worden ist, und es nur noch als Wortstreit betrachtet werden kann, ob den Reichsrittern die Landeshoheit zustehe oder nicht *c*).

XXVIII.

IV. Unabhängig ist das Recht der unmittelbaren Obrigkeiten vom Gebrauch oder Nichtgebrauch, und der eiserne Scepter des Herkommens reicht nicht bis zum Instanzenverhältniß in Deutschland. Die Anordnung der Instanzen ist nicht blos ein Recht, sondern auch eine Verbindlichkeit unmittelbarer Obrigkeiten, zu deren Erfüllung sie sogar durch den Reichsfiscal angehalten werden sollen (§. XI.), und der Satz äussert seine volle Thätigkeit, daß Niemand seine Verbindlichkeit aufhebe, wenn er

a) Rel. Fr. 1555. §. 26. Osn. Fr. Art. V. §. 28.

b) Wahlkap. Art. I. §. 2.

c) Ich spreche hier nur vom Rechte zweyer Instanzen im Lande; von der Ausübung soll unten gehandelt werden.

sich seines Rechts nicht bedient; mag auch eine Obrigkeit ihr Recht aufgeben; über das Recht der Unterthanen kann sie hierdurch nicht disponiren, und daß auch diese ein Recht auf Anordnung der zweyten Instanz haben, ist schon im vorhergehenden durch Reichsgesetze bewiesen worden (§. XXVI. 2.)

V. Auch keiner Verjährung ist es unterworfen, denn es ist ein aus dem Reichsverbande selbst fließendes Recht der Unterthanen, eine den unmittelbaren Obrigkeiten durch Reichsgrundgesetze aufgelegte Verbindlichkeit, welches einzelne Reichsunterthanen oder Obrigkeiten zu veräussern offenbar nicht befugt sind.

VI. Denken läßt sichs demnach, daß die Unterthanen, meistens aus Unkunde der Reichsgrundgesetze, oder weil nur der kleine Theil derselben, der eben in einem Rechtsstreite verletzt war, das Interesse kannte, oder gleichgültiger blieb, da doch noch eine Instanz bey den Reichsgerichten übrig war, die Anordnung einer obern Territorialinstanz nicht forderten; aber hierdurch haben sie ihr reichsgrundgesezmäßiges Recht nicht

verlohren, da es von ihrer Willkühr nicht abhieng.

XXIX.

VII. Ganz unrichtig ist demnach Pütters Behauptung, wenn er sagt: „Ist es in Anseh„ung eines Reichsstandes einmal hergebracht „und der bisherigen Verfassung gemäß, daß „von dessen Gerichten gleich in zweyter Instanz „an die Reichsgerichte appellirt werden kann: „so tritt dabey sowohl auf Seiten des Kaisers „und dessen den beiden Reichsgerichten anver„trauter höchsten Gerichtsbarkeit, als auf Sei„ten der Unterthanen ein solches Recht ein, „das keiner einseitigen willkührlichen Einschrän„kung oder Abänderung eines Reichsstandes „mehr unterworfen ist. Den Reichsgerichten „kann ihr Recht der zweiten Instanz, durch „Einschiebung einer Zwischen-Instanz, nicht „erst in eine dritte verwandelt werden. Und „den Unterthanen läßt sich eben so wenig das „Recht nehmen, gleich in der zweiten Instanz „an die Reichsgerichte zu appelliren, wo sie „bisher das hergebracht haben". a).

a) Rechtsfälle Bd. IV. Th. 1. S. 19. no. 9. u. 10.

Er baut offenbar auf einen falschen Grund, wenn er aus dem Herkommen ein Recht gegen absolut gebietende Grundgesetze ableiten will, gegen Gesetze, mit deren Bestimmung die Wirksamkeit des Herkommens schlechterdings unvereinbar ist (§. X.); daß auch den Unterthanen kein Recht auf eine gesezwidrige Justizverfassung zustehen könne, liegt mit dem darin offenbar enthaltenen Widerspruch am Tage. Aber Pütter beruft sich auf ein, aus dem bisherigen Zustand abzuleitendes, Recht der Reichsgerichte, und dieser Punkt soll hier erwogen werden.

Weit ehrwürdiger ist es für die höchsten Reichsgerichte, wenn man sie als Mitbewahrer der Reichsverfassung betrachtet, und hiernach ihr Rechtsverhältniß bestimmt, als wenn man sie in das falsche Licht des Interesse stellt; denn es ist schon überhaupt nicht scharf gedacht, wenn man einer Staatsanstalt Rechte beylegt. Aber Pütters Einwurf ist unter keiner Wendung gegründet. Für alle Gebrechen in Besetzung der Gerichte und Administration der Justiz werden die Obrigkeiten verantwortlich gemacht; durch den Reichsfiscal sollen sie zur Er-

füllung ihrer Verbindlichkeit gebracht werden. Da nun schon im Jahre 1600. der Befehl an alle unmittelbare Obrigkeiten ergieng, Unter- und Obergerichte an den Orten, wo es noch nicht geschah, anzuordnen; da der Mangel einer ganzen Instanz der gröbste aller Mängel ist, so hätte gegen alle Obrigkeiten, wo dieser oder ein anderer Mangel herrscht, schon längst seit 1654. der Reichsfiscal klagen sollen, und diese Unterlassung kann gewiß eben sowenig ein Recht der Reichsgerichte, nicht in dritter, sondern gleich in zweiter Instanz zu urtheilen, als eine Abänderung der Grundgesetze und Verfassung des Reichs hervorbringen.

VIII. Jede unmittelbare Obrigkeit hat demnach das Recht und die Verbindlichkeit, in ihrem Gebiete zwei Instanzen, ein Unter- und ein Obergericht anzuordnen, selbst da anzuordnen, wo bisher hieran ein Mangel herrschte; kein Herkommen steht im Wege, und Rechtsverletzung ist bey einer Handlung, wo jemand nur seiner Staatsverbindlichkeiten Genüge leistet, schlechterdings nicht denkbar; nur muß, wie es sich von selbst versteht, in der Form der anzuordnenden Gerichte nichts gesezwi-

driges unterlaufen, wovon unten ausführlich gehandelt werden soll.

XXX.

IX. Täuschend, aber unerheblich ist der Einwurf, den Pütter a) aus den Beispielen hernimmt, von Jülich und Berg, welche an das Churhaus Pfalz, und von Cleve, Mark Ravensberg, Magdeburg, Halberstadt und Minden, welche an das Churhaus Brandenburg kamen. — Er unterscheidet nehmlich an Fällen, wo Länder, die vorher ihre eigne Landesherrn hatten, durch Todesfälle oder andere Revolutionen andern Reichsständen zu Theil geworden sind, ob sie sich bereits in ältern Zeiten, und namentlich insonderheit vor der im Jahre 1495. geschehenen Begründung des Justizwesens zutrugen, oder ob sie neuer sind? Bey den ältern konnten ganze Herrschaften in heutige Aemter verwandelt, und auf solche Art gleich andern mittelbaren Gebieten der höhern Territorialinstanz unterworfen werden; aber er glaubt, daß hievon auf andere Fälle nach der heutigen Reichsverfassung keine Schlußfolge gemacht wer-

a) In den angef. Rechtsfällen §. 2. Num. 20—25.

den dürfe. Doch behauptet er, daß bei Herrschaften, die vorher unter verschiedenen Linien eines Hauses getheilt waren, deren jede ihre eigene obere Instanz hatte, in Consolidationsfällen diese Theile nur als Aemter betrachtet, und einer gemeinsamen oberen Territorialinstanz unterworfen werden können [b]).

Diese Meinung würde ein ganz neues, bisher unbekanntes Normaljahr für das Justizwesen in Deutschland auf das Jahr 1495. in dem Staatsrecht aufstellen; aber eben hierdurch werden alle Unrichtigkeiten sichtbar, die sie enthält. Sie erhebt den Zeitpunkt der Begründung unserer Gerichtsverfassung zum Entscheidungsziele in einer Sache, wo von der Ausbildung die Rede ist. Sie steht mit den Reichsgrundgesetzen, wie sie nach dem Jahre 1495. zu Stande kamen, in einem directen Widerspruch: denn diese wollen, daß der vorhergehende Zustand verbessert werde, daß in allen Orten im Reich gelegen, wo es bisher noch nicht geschehen, Unter- und Obergerichte angeordnet, daß sie gut besezt werden sollen

b) Ebend. N. 26—29.

(§. X. u. XI.), diese verwerfen jeden vorigen Zustand als Erkenntnißgrund des Rechts, und erlauben die Aufstellung eines solchen neuen Normaljahrs sichtbar auf keine Weise. Sie vermischt Gründe des Privatrechts mit den Quellen des öffentlichen Rechts, indem sie daraus, wie ein Gebiet oder Land einen andern Herrn bekam, aus diesem nur das Privatrecht betreffenden Grunde, das Instanzenverhältniß, ein wichtiges Stück des öffentlichen Rechts, abmessen will. Sie hat also die deutlichsten Bestimmungen der Gesetze wider sich, und die Verwechslung des Rechts der zweiten Instanz mit den reichsgesezmäßigen Einschränkungen in der Ausübung hat diesen verehrungswürdigen Gelehrten zu dem Irrthum verleitet.

Eben daher ist auch erklärbar, warum er seine Meinung durch das unpassende Beispiel von den an Churpfalz und Churbrandenburg gekommenen Ländern belegte; dort galt es nicht dem Rechte der zweiten Instanz, sondern einer Ausdehnung der uneingeschränkten Appelationsprivilegien dieser Churhaüser auf ihre neu erworbenen Länder; es galt der dritten, aus einem kaiserlichen Privilegium abzuleitenden In-

stanz. Nun ist es sehr einleuchtend, daß ein solches Privilegium keine Ausdehnung vertrug, und daß von den zu Berlin gefällten Urtheilen in Streitigkeiten, welche aus den neu erworbenen Ländern kamen, an ein Reichsgericht appellirt werden konnte, bis auch auf sie das Privilegium erstreckt wurde, ohne daß darum ein Schluß auf eine Instanzenanordnung gilt, welche vermöge einer allgemeinen Regel, nicht erst vermöge eines Privilegiums geschehen soll.

Jede unmittelbare Obrigkeit ist berechtigt und verbunden, zwei Instanzen anzuordnen, keine Zeit der Erwerbung eines Landes oder Orts, kein Erwerbsgrund vermag hierin Recht und Verbindlichkeit abzuändern.

XXXI.

X. Das Recht zweier Instanzen kommt ihr zu; jede Anordnung innerhalb dieser Gränzen ist erlaubt. Zwar herrscht in den gangbaren Grundsätzen des Rechts in Deutschland noch keine vollkommene Consequenz; aber ich bin auch überzeugt, daß jeder Landesherr durch richtige Grundsätze vollkommene Consequenz herstellen kann, ohne die reichsverfassungsmäßigen Gränzen seiner Gewalt zu überschreiten.

Den ersten Bruch ins System machte das römische Recht durch den privilegirten Gerichtsstand der Staatsdiener. Man vermengte Instanz mit Gericht (§. II.), leitete den Appellationszug vom Gerichtshofe her, und entzog diesen privilegirten Personen eine Instanz, entzog ihnen ein Mittel ihrer Rechtsvertheidigung, und die Gesetzgebung kam mit sich selbst in Widerspruch: denn entweder kann Instanz, als Mittel der Rechtsvertheidigung, kein Theil des öffentlichen Rechts, oder ein Privilegium, welches diese Rechte entzieht, keine Begünstigung seyn. Durch die Schriftsäßigkeit im Gegensaz der Amtssäßigkeit, welche nach dem vorigen Beispiel in Deutschland aufkam, vermehrten auch unsere vaterländischen Rechte die Inconsequenz. Endlich halfen beyde zusammen, um die Zahl dieser Brüche ansehnlich zu vermehren.

Wegen der Continentia causae darf man sich zum nächsten gemeinsamen Oberrichter im Territorium wenden. Wenn die Justiz verweigert oder verzögert wird, findet Abrufung der Sache an den nächsten höhern Richter Statt. Wenn der Besiz der Jurisdiction selbst litigiös ist: sogar da, wo ein Unterrichter perhorrescirt wird, neh-

men viele Rechtsgelehrte an, daß ausserordentlicher Weise die Gerichtsbarkeit des Oberrichters fundirt werde, und es ist um eine Instanz geschehen. So wird das Recht zweier Instanzen, das doch auch den Unterthanen zuerkannt ist, von zufälligen Dingen abhängig gemacht, sogar nicht selten das Verschulden des Richters z. B. bey Justizverzögerungen an der unschuldigen Partei, durch Verlust einer Instanz bestraft.

Den Irrthum habe ich da, wo der Unterrichter perhorrescirt wird, schon in meinen Erörterungen *a*) aufgedekt, und wie sehr freue ich mich, daß der scharfdenkende Grolman *b*) auf meine Seite trat. Nur glaube ich, daß mein Grund allgemein wirke, daß kein Zufall, kein Verschulden des Richters die unschuldigen Parteien um ihr Recht der Instanzen bringen könne und daß in den so eben angeführten Fällen von Continentia causae, Justizverzögerungen, streitiger Besitz der Gerichtsbarkeit, so wie der Perhorrescenz an die Stelle des bey einer Instanz vorkommenden, dem

a) In der IV. Abh.

b) Theorie des ger. Verf. §. 32.

Zwecke nicht entsprechenden Subjekts ein anderes durch Anordnung einer Commission zu dieser einzelnen Streitsache substituirt, und dadurch die reichsgesetzmäßige Anzahl von Instanzen hergestellt werden könne und solle.

Zwar sind mir die Verordnungen der Reichsgesetze nicht unbekannt, welche die Umgehung einer Instanz hier zu rechtfertigen scheinen c); aber sie sprechen insgesammt, nur von den Reichsgerichten, nur von Begründung der reichsgerichtlichen Jurisdiction, und können nach dieser Ansicht wenigstens insoweit nicht für eine Quelle des gemeinen Prozesses gehalten werden d), als man hieraus den Satz ableiten wollte, daß eine Instanz umgangen werden müsse. Verantwortlich ist demnach keine Obrigkeit, welche mit den in Deutschland geltenden Gesetzen die irrige Verwechslung einer Instanz und eines Gerichtshofes theilt e) und solchen privilegirten

c) K. G. O. Th. II. Tit. 21. §. 2. Tit. 29. §. 1.

d) Meine Erörter. über den gem. Proz. Abh. II. §. 8.

e) Bey der Instanzenvervielfältigung kennen die Reichsgerichte den Unterschied zwischen Instanz

Personen ihr eingebildetes Vorrecht, weniger Instanzen zu haben, indem sie unter dem obern Landesgerichte stehen, unverändert läßt, oder solche ungewöhnliche Fälle noch als Gründe erkennt, eine Instanz zu überspringen; denn der herrschende Mangel steht auf Rechnung des Gesetzes, nicht auf Rechnung der Obrigkeit. Aber eben so wenig kann es auf der andern Seite für eine unerlaubte landesherrliche Verfügung gehalten werden, wenn eine unmittelbare Obrigkeit dem Grundsaz zweier Instanzen auch darin eine unbedingte Allgemeinheit giebt, daß diejenigen, welche dem obersten Landesgerichte schon in erster Instanz unterworfen sind, vor der Appellation an ein höchstes Reichsgericht noch eine Instanz im Lande, etwa die mit der Aktenversendung an eine auswärtige Juristenfajultät verbundene Revision, haben. Selbst das kaiserliche Reichskammergericht scheint diese Grundsätze zu billigen, indem es von dem Revisorium zu Münster und Hamburg Appellationen anzunehmen beschlossen hat, ohne in den Schlüssen des Plenums etwas von einer unerlaubten

und Gerichtshof sehr gut, er muß aber auch im umgewandten Fall für Obrigkeit und Unterthanen gültig seyn.

Vermehrung der Instanzen zu melden *b*); so heftig und gerecht sonst dessen Eifer gegen Instanzenhaufungen ist. Der Geist des Gesetzes rechtfertigt meinen Satz ohnehin, da der allgemeine Ausdruck „Unterthanen“ solche privilegirte Personen um somehr in sich schließt, je wichtiger die Objekte ihrer Streitigkeiten sind und je weniger von den Reichsgesetzen zu erwarten ist, daß sie den Zustand dieser begünstigten Personen verschlimmern, und nur den unprivilegirten Stand der Unterthanen in Schuz nehmen wollten.

XXXII.

XI. Das Recht und die Verbindlichkeit, zwei Instanzen anzuordnen, haben demnach alle Unmittelbare Obrigkeiten, ohne alle Ausnahme. Kein Churthum unterscheidet sich darin von einer Reichsstadt, kein Fürstenthum von dem Gebiete eines Reichsritters, kein Land von einer Herrschaft; unabhängig ist alles dieses

b) Concl. Pleni wegen des Münsterischen Revisorium vom 18. Febr. 1715. in Balemanns Visitat. Schluß. Abth. II. S. 259 und wegen des Revisorium zu Hamburg vom 17. Julius 1731. ebendas. S. 262.

vom Herkommen, vom Ankunftstitel des Besitzers, von einem Entscheidungsziele. Will eine Obrigkeit von diesem Rechte Gebrauch machen, so steht ihr kein Recht der Reichsgerichte, kein Recht der Unterthanen entgegen, und undenkbar ist im Rechte irgend eine Rechtsverletzung.

Auch die Unterthanen haben ein Recht darauf, da den Obrigkeiten diese Verbindlichkeit zum Besten der Unterthanen aufgelegt worden ist. Sie können über jeden Mangel Beschwerde bey den Reichsgerichten führen und auf Ergänzung des Mangels antragen; sogar der Reichsfiscal kann gegen die säumige Obrigkeit auftreten, damit sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit angehalten werde.

Aber noch einen Nachtheil haben die Reichsgesetze gegen säumige Obrigkeiten verhängt. Sie haben ihnen das Recht zweyer Instanzen zugestanden, aber gefordert, daß sie die hiezu nöthigen Gerichte anordnen. Diesem Befehl war die Ursache beygefügt: „damit sich niemand „dawider zu beschweren — Ursach nehme, als „wären dieselbe (Gerichte) im Reich hin und „wieder dermassen übel besetzt, daß man sich zu

„ihnen — einer gleichmäßigen Billigkeit nicht „zu versehen habe, und dahero ans Kammergericht zu appelliren gedrungen „werde.“ *a*). Hiemit war, weil es kein anderes gleich ausgiebiges Mittel gab, und die Erfüllung der Verbindlichkeit in manchen Orten noch länger verschoben werden konnte, schon im Voraus den Obrigkeiten angedeutet, wie die Unterthanen während dieses herrschenden Mangels sich helfen können; es ist hierdurch den Unterthanen erlaubt, an die Reichsgerichte zu appelliren, wenn sie von ihrer Obrigkeit rechtlos gelassen werden *b*).

a) J. R. A. §. 108. oben §. XI.

b) Hieher paßt ganz, was Ludolf Part. 1. obs. 123. S. 121 sagt: „In comitatu Sagnensi est „judicium cancellariae ordinarium et immediatum prouinciae. Ab hoc judicio si quis appellaverit ad cameram imperialem, recipie„tur appellatio absque dubio; nam de alterio„re instantia ſconstituta nihil constat. Quodsi „Dux Saxoniae, in parte comitatus istius Do„minus voluerit ad se appellari a cancellaria „Sagnensi judice primae instantiae, idque sub„ditis et judicio supremo imperii legitime pa„tefecerit, erit hoc ei liberum, sed absque „coactione.“

Diese Verordnung, so anpassend sie den damaligen Umständen seyn mochte, hat der Einförmigkeit im Systeme viel geschadet. Die Unterthanen, zufrieden mit der obersten Hülfe der Reichsgerichte, reclamirten ihr Recht der obern Territorialinstanz nicht, die Reichsgerichte theilten mit den Unterthanen diese Zufriedenheit, weil keine Beschwerde geführt war, und vom Landesherrn nichts zum (sogenannten) Präjudiz der kaiserlichen Jurisdiction geschah. Die Obrigkeiten endlich betrieben zum Theil einen Gegenstand nicht, welcher die Anordnung eines gut besetzten Obergerichts und mit ihr einen nicht unbedeutenden Kostenaufwand erforderte; so wird es in Zusammenwirkung aller dieser Ursachen begreiflich, wie an manchen Orten besonders kleiner Herren der Befehl der Reichsgesetze unvollzogen und den Unterthanen im Mangel eines Obergerichts im Lande nichts übrig blieb, als sogleich in zweyter Instanz an ein Reichsgericht sich zu wenden. Es folgt aber daraus von selbst, daß dieses nur ein provisorischer Zustand ist, der sobald aufhören muß, als eine Obrigkeit dem gesezwidrigen Mangel durch Anordnung eines Obergerichts abhilft, und daß dieser provisorische Zustand weder den Unterthanen noch

den Reichsgerichten ein Recht auf Fortdauer des gesezwidrigen Mangels verleiht.

XXXIII.

XII. Ich untersuchte bisher das Minimum der Instanzen, aber auch das Maximum ist damit bestimmt, und eine Untersuchung hat uns zu den Erkenntnißgründen geführt, wodurch wir die beyden Fragen lösen können, auf die es bey dem Instanzenverhältniß ankommt; die Untersuchung hat bewiesen, daß die Reichsgrundgesetze alle Inconsequenzen misbilligen, welche in diesen Gegenstand hineingetragen worden sind.

So wie nämlich die Reichsgesetze befohlen haben, daß alle Appellationen stuffenweise an den unmittelbar nächsten Oberrichter gehen sollten, so wie sie den unmittelbaren Obrigkeiten ein Unter- und ein Obergericht, also zwei Territorialinstanzen zugesprochen, diese also in unmittelbarer Subordination unter den Reichsgerichten gedacht haben; so haben sie damit zugleich entschieden, daß in jedem Orte nicht weniger und nicht mehr als zwei Instanzen vor

der reichsgerichtlichen Statt finden sollen; die Ueberschreitung dieser Zahl, sey es durch Verminderung oder Vermehrung der Instanzen, ist unerlaubt.

Aber man würde einen sehr falschen Grund angeben, wenn man das Unerlaubte der Instanzenhäufung daraus beweisen wollte, daß sie zum Nachtheil der kaiserlichen Jurisdiction gereiche: es wäre schwer zu begreifen, wie dem Reichsgericht geschadet werde, wenn an dasselbe in vierter, Statt in dritter Instanz appellirt würde; und doch ist auch hier der wahre Grund auf sehr ebenem Wege zu finden.

XXXIV.

Endlose der Prozesse gefährden die Sicherheit der Rechte, und Uebertreibung in Erlaubniß, richterliche Erkenntnisse anzufechten, führt schnurstraks zu einer zweckwidrigen Fortdauer der Rechtsstreitigkeiten. Niemals können daher die Gesetze die Absicht haben, nur einem Extreme auszuweichen, sondern sie müssen das Ziel der Instanzen genau abstecken, damit nicht durch Mangel die Vertheidigung abgeschnitten oder durch Uebermaas das Recht unsicher werde.

Jede Bestimmung der Gesetze über das Verhältniß der Instanzen muß nach diesen Grundsätzen als eine Festsetzung des Minimums und Maximums ausgelegt werden, da sie nur unter dieser Ansicht unmangelhaft erscheint. So wie nun nicht geläugnet werden kann, daß das Instanzenverhältniß im Ganzen zu den Gegenständen gehört, wobei die Grundgesetze das Reich als einen Staat und jeden Einwohner als Reichsunterthan betrachtet haben, wobei also das Territorialverhältniß an sich nichtentscheidet (§. XVI.), so ist es hievon eine absolute Folge, daß die Reichsgrundgesetze, welche im Lande zwei Instanzen aufzurichten der Obrigkeit erlauben und befehlen, jede Ueberschreitung dieser Zahl für rechtswidrig erklärt haben. Instanzenvermehrung über diese Zahl ist unerlaubt, ist Verletzung der Reichsverfassung, ist von Dispositionen der Privatpersonen unabhängig, und die Reichsgerichte zwingen jedem Vaterlandsfreunde durch ihren unwandelbaren Eifer gegen Instanzenvervielfältigungen Verehrung ab [a].

a) Schon Schick in der angef. Dissert. hat die mehrsten Beispiele gesammelt; viele stehen auch in Reuß Staatskanzley, und bei Schelhaß über die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsge-

XXXV.

XIII. Als Verletzung der Staatsgrundgesetze ist Vervielfältigung der Instanzen schon an sich unerlaubt, sey es auch, daß keine Cabinetsinstanz dabei vorkommt, denn das Unerlaubte der Cabinetsinstanzen muß, wie ich schon oben zeigte [a]), aus einem ganz andern Grunde abgeleitet werden. So wie nun die Reichsgerichte gegen solche Verletzungen nicht nur auf Klagen des betheiligten Subjekts, sondern sogar von Amtswegen einzuschreiten befugt sind, so können sie auch unaufgefordert den hierin entdekten Mißbrauch durch unbedingte Strafbefehle abstellen.

XIV. Unter Instanz versteht man hier, nach dem oben entwickelten richtigen Begriffe, (§. II.) jede neue Prüfung über die Legalität richterlicher Handlungen; die Reichsgerichte bleiben diesem Begriffe ganz treu, und hüten sich

richte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landesobrigkeit. Stuttgardt 1795. 8. S. 146 u. ff. worauf ich hier verweise.

a) Mein Handb. B. I. Abh. 1. § 3.

sorgfältig, Instanz mit Gerichtshof zu verwechseln, indem sie nicht blos eine Vermehrung der Gerichtshöfe, sondern auch bei deren unveränderter Zahl jede Vermehrung der Prüfungen mit vollem Rechte als unerlaubte Vervielfältigung der Instanzen ahnden; mit den Revisionen wird hierin manche unerlaubte Handlung begangen.

XV. Eben dieser reine Begriff von Instanzen, welcher Identität des Streits fordert, und die Restitution wegen entdekter Nova aus der Classe der Instanzen entfernt (§. II. n. 3. u. 6.), bewirkt auch, daß die im Verlaufe des Streits vorgekommenen Restitutionen gegen Urtheile bey der Berechnung der Instanzen nicht in Anschlag gebracht werden dürfen.

XXXVI.

XVI. Unerlaubt ist jede Vervielfältigung der Instanzen, wie sie immer entstehe, ob unmittelbar oder mittelbar durch die Obrigkeit, und der Satz, der Landesherr ist die Quelle aller Gerichtsbarkeit im Lande, äußert da besonders seine volle Wirksamkeit, wo das Untergericht eine Patrimonialgerichtsbarkeit ist. Auch ein solches Pa-

trimonialgericht muß bey Berechnung der Instanzen in Anschlag kommen, denn es erscheint nur als Untergericht im Lande, ohne daß der Rechtstitel seines Besitzers die Natur des Untergerichts oder die Zahl der Instanzen im Lande verändern könnte. Nicht selten maßt sich ein Domkapitel, ein Prälat, ein Landstand das Recht an, Appellationen von seinen Patrimonialgerichten anzunehmen; nicht zu gedenken, daß meistens hiebei noch etwas schlimmeres, als eine Cabinetsinstanz, herauskommt, wenn z. B. ein Gremium von Domherrn, die auf die Justiz nicht beeidigt worden sind, über schwere Rechtssachen entscheiden will, hat dieses doch immer eine unerlaubte Vervielfältigung der Instanzen zur Folge: da mit Einrechnung der obern Territorialinstanz Statt zweien, nun drei Instanzen im Lande sich bilden. Hier müssen die Landesherrn, als Quelle aller Gerichtsbarkeit, den Unfug verantworten, an dem sie durch stille Duldsamkeit Theil nehmen, und mit Recht hat das kaiserliche Reichskammergericht im Jahre 1797., wenn ich nicht irre, als es bemerkte, daß der landsäßige Prälat vom Kloster Michelsberg bei Bamberg von den klösterlichen Aemtern Appellationen an seine Klosterkanzlei angenommen, von deren Aussprüchen

an die hochfürstliche Regierung zu Bamberg, und erst in vierter Instanz (wie bei dem größten Theile der domkapitlischen Aemter) an ein Reichsgericht appellirt wird, wegen dieser Instanzenhäufung die hochfürstliche Regierung zur Verantwortung gezogen. Noch hängt ein Streit über einen ähnlichen Gegenstand zwischen dem Hochstift Würzburg und dem landsäßigen Kloster Brombach am Reichskammergericht *a*).

Ganz richtig ist von dieser Seite betrachtet die Gerichtsverfassung in Baiern. Wo die äußern Regierungen als Appellationsinstanz handeln, da geht von ihnen die Appellation unmittelbar, mit Umgehung des churfürstl. Hofraths in das Revisorium — wo sie aber die erste Instanz z. B. bei schriftmäßigen oder privilegirten sind, wird von ihnen an den churfürstlichen Hofrath und erst nach diesem an das Revisorium appellirt; selbst von dem Judiciarrathe der Universität werden die Appellationen nicht bei dem churfürstlichen Hofrathe, sondern sogleich bei dem Revisorium angebracht.

a) Vergl. die vollständige Sammlung aller kaiserl. R. K. Ger. Urtheile nnd Dekrete vom Jahre 1800. und 1801. an mehreren Stellen.

XXXVII.

XVII. Auch in der Ausübung darf eine Obrigkeit nichts unternehmen, was den höheren, ihr von der Reichsgewalt aufgelegten Verbindlichkeiten widerspricht. Vor allem werden demnach ordentliche mit verständigen Urtheilern (qualificirten Leuten) besetzte Unter- und Obergerichte erfordert; die Qualification kann nur in hinreichender Rechtskenntniß und in einem untadelhaften Betragen bestehen. Viele Sätze liegen in dieser Verordnung, welche analisirt zu werden verdienen.

1) Ordentliche Gerichte werden in erster und zweiter Instanz erfordert. Hierunter sind nur Gerichtshöfe verstanden, und selbst ausserordentliche Gerichtsstände fordern gut besezte Gerichte. Ordentlich im Geist der Reichsgesetze ist nur dasjenige Gericht, welches einen festen Wohnsitz und eine gehörige Anzahl bleibender Mitglieder hat; denn auf diese beiden Grundsätze vereint wurde die Verbesserung des Reichsjustizwesens im Reiche im Jahre 1495. begründet, diese beiden Punkte lagen fortdauernd als Erfordernisse einer zweckmäßigen Gerichtsverfassung den Reichsgesetzen vor Augen; sogar die Krone Schweden

konnte bey dem westphälischen Frieden ein uneingeschränktes Appellationsprivilegium nur gegen die Bedingung erhalten: ein gut bestelltes Oberappellationstribunal in ihren deutschen Staaten zu errichten *a*). Noch im Jahre 1789. beschwerten sich die trierischen Landstände gegen den Herrn Churfürsten wegen Mangels eines ordentlich besezten Revisoriums nicht ohne Wirkung bey dem kaiserlichen Reichskammergerichte *b*). Die Reichsgewalt gieng in der Verbesserung des Justizwesens von der Idee der Unwandelbarkeit an Localität und Gliedern aus, sie haßt und fürchtet als gefährlich alles schwankende an Gerichtspersonen, sie will nur ordentliche Gerichte, selbst die Commissionen begünstigt sie nicht *c*), und noch im Jahre 1788. hat sie durch die Organisation des Kammergerichts bewiesen, daß selbst

a) Osn. Fr. Art. X. §. 12. „Concedit — privilegium de non appellando, sed hoc ita, ut „summum aliquod tribunal — commodo in „Germania loco constituat, eique idoneas per„ficiat personas —" Cramer Nebenst. Th. 122. §. 456.

b) Schelhaß a. a. O. S. 130.

c) Mein Handb. B. I. §. 13 — 23.

die Ergänzung eines Senates durch Mitglieder des andern von allem menschlichen Einfluß unabhängig blos nach bleibenden Grundsätzen geschehen soll. Es ist eine Herabwürdigung der Justiz, wenn man die Gerichtshöfe durch Ungewißheit der Personen in Vehmgerichte verwandelt, oder die Gerechtigkeit irrenden Rittern anvertraut.

Aus diesem Grundsatz geht auch die Folge hervor, daß bey Fällen, wo ein ausserordentlicher Richter ernannt werden kann, derselbe mit demjenigen Gerichte gleichartig seyn müsse, dem er substituirt wird.

XXXVIII.

2) Allgemeines Erforderniß an den Subjekten, welchen die Verwaltung der Justiz übertragen wird, ist hinreichende Rechtskenntniß, ohne welche Niemand den Zweck der rechtsprechenden Gewalt im Staate erreichen kann. Die Landesobrigkeit hat nicht nur für eine gute Auswahl bei denjenigen zu sorgen, welche sie unmittelbar zum Richterstuhle ruft, sondern auch und besonders bei denjenigen, welche von den Patrimonialgerichtsherrn zur Ausübung der Jurisdiction er-

nannt werden; denn eines Theils sind auch sie Staatsdiener, andern Theils ist hier die größte Aufmerksamkeit der Obrigkeit nothwendig, da sonst ein Land mit einer Menge unwissender Richter überschwemmt wird, welche von den Gerichtsherrn nach Laune, Nebenabsichten, Eigennuz oder wenigstens ohne Auswahl angestellt werden. Unvollkommen ist die Staatseinrichtung, wo der Landesherr solche Menschen ihr Wesen treiben läßt, und Staatsprüfung vor der Anstellung, Unwiderruflichkeit ihrer Stellen, wie bei Staatsdiensten, erklärt durch das Gesetz, sind die einzigen Mittel, diesem Unwesen ein Ende zu machen; Preußen hat durch die angeordneten Prüfungen dieser Gerichtshalter ein nachahmungswerthes Beispiel geliefert, und allen Beifall verdient dasjenige, was Seuffert a) über Staatsprüfungen als Mit-

a) Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegen einander im rechtlichen und politischen Verstande. Würzburg 1793. 8. §. 28—30. und §. 56. Schelhaß a. a. O. §. 135. fordert nach der Analogie der K. G. O. 1555. Th. 1. Tit. 3. §. 2. Tit. 13. §. 1. mehrjähriges Studium der Rechtswissenschaft auf einer Universität; allein da der Aufenthalt noch kein Studium beweiset, so wird die

tel, gute Staatsdiener auszuwählen, und gut ausgewählte in Fleiß und Ordnung zu erhalten, meisterhaft aus der Schule eines großen Fürsten sagte.

Die Landesobrigkeit hat die Pflicht, verständige Subjekte auf den Richterstuhl zu setzen, und nicht nur die Unterthanen können auf Entfernung unwissender oder boshafter Subjekte dringen, sondern auch die Reichsgerichte sind nach deutlicher Bestimmung des jüngsten Reichsabschieds von Amtswegen die Mißbräuche abzustellen befugt, wovon das kaiserliche Reichskammergericht im Jahre 1791 zwei sehr sprechende Beispiele gegen den Herrn Fürsten zu Salm Kyrburg und gegen den Herrn Grafen von Schliz, genannt Görz lieferte *a*).

XXXIX.

3) Entfernt muß aller Einfluss des Cabinets bleiben, unter keinem Vorwand, von kei-

Ueberzeugung hievon nur aus Prüfungen geschöpft werden können, welche ich aber niemals Professoren allein übertragen würde.

b) Schelhaß a. a. O. S. 138. 142.

ner unmittelbaren Obrigkeit darf eine Cabinetsinstanz eingeführt werden. Weder die Obrigkeit selbst darf unmittelbaren Antheil an der Ausübung der Gerichtsbarkeit nehmen, in Person Recht sprechen, noch ihrem Cabinet einen Einfluß gestatten, weil die Subjekte, welche in Cabinet gezogen werden, zwar ausgebreitete nnd tiefe Kenntnisse, aber nicht in der Tendenz zur Justizverwaltung besitzen müssen, weil bei ihrer Auswahl nicht auf diese, hier allein entscheidende, Qualität gesehen wird. Das unerlaubte der Cabinetsjustiz ruht also nicht auf dem Verbote einer Instanzenanhäufung und hat mit dieser gar nichts gemein, weshalb alle diejenigen irren, welche von reichsgerichtlichen Präjudicien, die gegen Cabinetsinstanzen eifern, auf das Recht zweier Instanzen einen Schluß ziehen.

Der Geist der Gesetze ist, daß die Person der Obrigkeit und dasjenige, was sie unmittelbar umgiebt — Ministerium, Staatsrath, Cabinet u. d., — von der Ausübung der Jurisdiction entfernt bleibe, und daß diese nur besonders hiezu berufenen, besoldeten und beeideten Personen anvertraut werde. Diese Verbindlichkeit

haben alle Klassen unmittelbarer Obrigkeiten ohne Ausnahme mit einander gemein, Churfürsten, Fürsten, Reichsstädte, Reichsgrafen, Reichsritter, andere unmittelbare Obrigkeiten haben nur einerlei Norm zu befolgen (§. X. u. XI.).

In den größern Territorien, wo wir ordentliche Collegien antreffen, hat die Sache weniger Schwierigkeiten; hier sind sie sichtbar von der Person des Landesherrn getrennt. Aber in kleinern Gebieten sieht es noch sehr bunt aus, und es ist wahrlich keine kleine Aufgabe, zu bestimmen, wie sie sich verhalten sollen, um diesen Verbindlichkeiten ein Genüge zu leisten.

XL.

a) Der erste Mangel äußert sich in Reichsstädten, wo nicht selten ein und derselbe Magistrat alle Hoheitsrechte ausübt, alle Staatsangelegenheiten besorgt, und zugleich eine obere Instanz für Justizsachen bildet. Dies ist offenbar eine reichsgesezwidrige Verfassung; die Gewalten werden confundirt, welche doch selbst die Reichsgesetze in den Territorien getrennt wissen wollen, die Justiz muß andern, scheinbar wichtigern und dringendern, Angelegenheiten nach-

stehen, man wählt die Senatoren nach ihren Einsichten in der Staatskunst, nicht so streng, als es die Gesetze wollen, nach Rechtskenntnissen, und entzieht, auch von allem diesen abgesehen, durch diese Vermischung der Gerechtigkeit die wohlthätigen Ausflüsse der oberaufsehenden Territorialgewalt auf die Diener der Gerechtigkeit, indem man beide Eigenschaften in einer Person vereiniget. In Reichsstädten sollte allemal ein vom Magistrate unterschiedenes Tribunal für die zweite Instanz seyn.

b) Bei Reichsgrafen, Reichsprälaten und Reichsrittern ist es klar, daß sie weder in erster noch in zweiter Instanz sich mit einer Rechtssache persönlich, sey es nun durch bloße Instruction eines Prozesses, oder gar durch Entscheidung abgeben dürfen; sie sind unmittelbare Obrigkeiten, nnd müssen alle Verbindlichkeiten erfüllen, welche aus dieser vorwaltenden hohen Eigenschaft entspringen, worunter die Gerechtigkeitspflege durch ordentliche Gerichte einen vorzüglichen Plaz einnimmt. Es ist daher sehr irrig, und kaum einer Widerlegung werth, wenn Schneidt[a]) behauptet, daß ein Reichsritter

a) In der angeführten Dissertation §. 52. und §. 70. schon Schelhaß hat a. a. O. S. 156 die-

selbst in erster Instanz sprechen, oder von seinem Beamten an seine Person die Appellation annehmen, sogar von seinen in eigener Person in erster Instanz gefällten Urtheilen bei sich selbst eine Revision vermittelst der Aktenversendung zulassen könne; wie soll alles dieses mit dem Verbindlichkeiten jeder unmittelbaren Obrigkeit vereinbar seyn?

XLI.

Bey der ersten Instanz hat es wenigere Anstände, für sie muß ein bleibendes Subjekt zur Ausübung der Jurisdiction angeordnet werden, denn es ist ein durch allgemeines Herkommen, selbst durch die Gesetze anerkannter Satz, daß die erste Instanz von einer physischen Person verwaltet werden könne; die Schwierigkeiten äussern sich bei der zweiten Instanz, weil aus dem Gange der Justizreformation in Deutschland, aus dem Geiste der Reichsgrundgesetze überall der Satz hervorgeht, daß Obergerichte mit verständigen Urtheilern besetzt, also

sen Irrthum gerügt, dessen sich auch Kerner im allg. pos. Staatslandrecht der unm. Reichsritterschaft. (Th. I.) S. 245 schuldig macht.

collegialische Form und Einrichtung haben sollen. Diese collegialische Form, wobei die Reichsgesetze immer das Modell des Kammergerichts vor Augen hatten, fordert 1) einen festen Wohnsitz 2) bleibende bestimmte Mitglieder, 3) in gehöriger Anzahl, wozu nach dem bekannten Satze tres faciunt collegium, wenigstens drei Mitglieder erfordert werden. Leistet eine unmittelbare Obrigkeit dieses, so hat sie ihre Verbindlichkeiten erfüllt, und ein reichsgesezmäßiges Obergericht angeordnet, welches in zweiter Instanz Rechtssachen nicht blos instruiren, sondern auch ohne Aktenversendung entscheiden kann.

Aber hiemit ist ein bedeutender Aufwand verbunden, den die Besoldung von wenigstens drei qualificirten Personen verursacht. Gräfliche Häuser könnten sich bei einigem Einverständnisse sehr leicht helfen, wenn sie, die ohnehin meistens in mehrere Linien getheilt sind, ein Gesammtobergericht auf gemeinschaftliche Kosten anordneten, wie die fürstlich sächsischen Häuser eine Gesammtuniversität errichtet haben. Noch eher können die Reichsritter die Bedingungen

Bayerische Staatsbibliothek München

ihrer zweiten Instanz erfüllen, wenn sie die Ortsinstanz, welche ohnehin gehörig besezt und besoldet ist, zum gemeinschaftlichen Obergericht ihrer Gebiete erklären. Alle Einwürfe fallen weg, welche man bisher wider diese Appellationsinstanz vorbrachte a), und welche nur dem falschen Gesichtspunkte ihr Daseyn verdanken, unter welchem man die Ortsinstanz bisher betrachtete.

Nur aus Uebertragung des einzelnen unmittelbaren Reichsritters, welchem die Reichsgesetze das Recht der zweiten Instanz ausdrücklich zusprechen (§. X. u. XI.), also nur in Voraussetzung dieser Uebertragung können die Cantonsgerichte als obere Instanz handeln. Diese Uebertragung ist der wahre, einzige, aber auch hinreichende Grund ihrer Eigenschaft eines Appellationsgerichts; und ich gebe hiemit feyerlich alle andere Gründe auf, zu deren Widerlegung Schneidt mehrere Paragraphen verschwendete, und mit

a) Sonderbar, daß sogar Kerner im allg. pos. Staatsgenossenschaftsrecht der unm. Reichsritterschaft (Th. II.) S. 397—399 und Schneidt in der ang. Diss. §. 56—68. diesen Irrthum begehen, ob sie gleich den Reichsrittern das Recht der zweiten Instanz zusprechen.

deren Wiederholung ich meine Leser nicht aufhalten will. Nicht als Austrägalrichter über einzelne reichsritterschaftliche Mitglieder, nicht aus dem Schlusse, daß der Unterthan des Reichsritters dem Canton unterworfen sey, weil sein Herr die Cantonsgerichtsbarkeit anerkennen muß, nicht weil von den Commissarien, die der Canton ernannte, an den Canton appellirt wird, nicht aus Privilegien, nicht aus dem Herkommen, sondern daraus leite ich die Legalität einer solchen obern Instanz ab: daß der einzelne Reichsritter als unmittelbare Obrigkeit das Recht zweier Instanzen hat, daß er die Ausübung einem gut besezten Gerichte übertragen kann, und daß die Ortsinstanz alle Eigenschaften eines solchen gutbesezten Obergerichts in sich vereint. Denkt man sich hinzu, wie zerstreut die reichsritterschaftlichen Unterthanen, wie sie untermischt in andern Territorien wohnen, wie häufig die Fälle sind, wo sie an dem Sitze des Ortsdirectoriums ohnehin Geschäfte haben, so wird man sich auch von der Zweckmäßigkeit einer solchen Appellationsinstanz vollkommen überzeugen.

XLII.

Findet aber die Errichtung eines solchen Gesammttribunals oder die Uebertragung der Appellationsinstanz an die Ortsgerichte Hindernisse, so bleibt nur noch ein, obgleich mehr complicirtes Mittel, die zweite Instanz auszuüben, übrig, dieses nämlich: daß die Instruction der Verhandlungen in zweiter Instanz von Entscheidung der Sache getrennt, und für die erste in jedem Gebiete ein eigener perpetuirlicher Appellationscommissarius angeordnet werde, welcher die Sache in zweiter Instanz instruirt, und die Akten zur Abfassung des Urtheils an eine auswärtige Juristenfacultät versendet, jedoch bei der Instruction und Aktenversendung von allem Einfluß der Person des Herrn oder der Obrigkeit ganz unabhängig handelt.

Selbst das Benehmen und die Grundsätze der Reichsgerichte, welche durch Reichsgesetze und die stillschweigende Genehmigung der Reichsgewalt sanctionirt sind, beweisen die Legalität dieses Vorschlags. Unter dem Schutze der Reichsgesetze erkennen die Reichsgerichte Commissionen

zur ganzen Sache a); sie übertragen da einer physischen Person die ganze Einleitung der Verhandlung, und weisen sie meistens an, die verhandelten Akten zur Abfassung des Erkenntnisses zu versenden. Identisch mit dieser Verfahrungsart ist mein Vorschlag, und die Rechtmäßigkeit desselben läßt sich ohne weitere Deduction begreifen.

XLIII.

4) Ausser diesen Einschränkungen kennen unsere Gesetze nichts, woran eine unmittelbare Obrigkeit gebunden wäre; ihre anordnende Gewalt kann daher Gerichte organisiren, den geographischen Umfang der Gerichte bestimmen, den Siz der Unter, und Obergerichte nach dem Bedürfnisse ihrer Gebiete verändern, ohne daß hiebei die Unterthanen über verlezte Rechte klagen könnten. Der Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600. befiehlt den Obrigkeiten, ihre Gerichte zu reformiren (§. X.), und erlaubt ihnen eben damit ohne Einschränkung, jede ih-

a) Seiler Vindiciae potestatis camerae Imperialis, decernendi Commissiones ad totam causam. Erlang 1793.

nen nöthig scheinende Veränderung zu machen, nur so, daß die Unterthanen nicht rechtlos gestellt werden; er erlaubt ihnen hiemit, auch die Localitäten zu bestimmen, da die Localität oft zu den wesentlichsten Gerichtsverbesserungen gehört.

Zwar ist auch hierin Pütter *a*) einer entgegengesezten Meinung, weil es den Unterthanen nicht gleichgültig seyn kann, wenn sie nun in einer weiteren Entfernung ihre Appellationsinstanz mit vermehrten Kosten suchen müssen, und weil er glaubt, eine Verlegung der Gerichte könne wider Willen der Unterthanen, insonderheit an entfertere Orte, nach Willkühr nicht geschehen *b*). — Ich zweifle sehr, ob dieser verdienstvolle Gelehrte eben das behaupten würde, wenn das Oberappellationstribunal von Zelle nach Hannover verlegt werden sollte, und so heilig mir die Rechte der Unterthanen sind, so wenig kann ich einer Meinung beistimmen, welche den Staat nöthigte, bei jeder Verbesserung

a) In den angef. Rechtsfällen B. IV. Th. 1. S. 22. n. 30—33. und S. 26 n. 54—57.

b) Pütter Rechtsf. B. III. Th. 3. S. 632.

sich sogar über die Meilenzahl mit den Unterthanen in eine Berechnung einzulassen.

Gilt es Patrimonialgerichten, so entscheidet zwischen dem Gerichtsherrn und den Gerichtseingesessenen nur das Eigenthum der Jurisdiction. Der Gerichtsherr hat keine anordnende Gewalt, er darf nur als Eigenthümer handeln, und ist an den Gerichtsplaz, wie der Eigenthümer an sein Grundstük gebunden. Aber wenn die Anordnung des Justizwesens zu den wesentlichsten Befugnissen der Staatsgewalt gehört, die man niemals an den Erdschollen oder einen Steinhaufen fesseln kann, wenn Localität einen wichtigen Punkt einer guten Justizverfassung ausmacht, so kann man dieser Staatsanordnung kein Recht der Unterthanen auf eine nach Meilen abgemessene Nähe des Gerichtshofes entgegenstellen. Mit großer Weisheit haben daher die Reichsgesetze, ohne von dem Siz der Gerichte etwas zu melden, nur Anordnung der Gerichte unmittelbaren Obrigkeiten zur Verbindlichkeit gemacht (§. X. u. XI.), und konnten ein Recht der Unterthanen auf Nähe des Gerichtshofes desto weniger anerkennen, als es bei der vorigen Wandelbarkeit der Gerichte ohnehin niemals

existirte. Auch hat die Reichsgewalt das Reichskammergericht nach den Zeitbedürfnissen bald in einen bald den andern Theil Deutschlands verlegt, ohne nur den Gedanken zu fassen, daß die Rechte derjenigen Unterthanen gekränkt würden, aus deren Nähe das Kammergericht wanderte. Sogar wurde der Krone Schweden im westphälischen Frieden a) frey gestellt, an einem dem Landesherrn gefälligen Orte in Deutschland das Oberappellationstribunal anzulegen. Nirgendswo können hierin die Unterthanen gegen ihre unmittelbare Obrigkeit ein Recht auf eine gewisse Nähe der Gerichtshöfe in Anspruch nehmen.

a) Art. X. §. 12. Osn. Fr.

XXXVIII.

Darstellung der Lehre von Rechtsmitteln, insonderheit gegen Urtheile im Allgemeinen.

I.

Wenn der Zweck der ganzen richterlichen Gewalt im Staate darin besteht: daß der Staatsbürger Schuz seiner Rechte gegen Verletzungen erhalte, so fordert eben dieser Zweck, daß der Staat Anordnungen treffe, unter welchen es möglich ist, seine Rechte auch gegen Verletzungen zu sichern, welche von den angeordneten Gerichten Jemand bei einer Rechtssache zugefügt werden können. Diese Forderung wird um so stärker, je mannichfaltiger die vom Richter herstammenden Verletzungen seyn können. Denke man sich, wie der Richter bald die Justiz versagen und verzögern, bald ein ungerechtes, bald ein nichtiges Erkenntniß geben, bald aus Irrthum oder Unwissenheit, bald aus Bosheit, Gewinnsucht oder Leidenschaf-

ten von der Bahn der Gesetze abweichen kann, um sich von der Nothwendigkeit zu überzeugen, daß der Staat auch gegen die Handlungen des Richters die Rechte des Bürgers sichern muß a).

Die oberaufsehende Gewalt hat hier einen großen Umfang ihrer Thätigkeit, da es ein Erfahrungssaz ist, daß die besten Anstalten nichts nützen, wenn nicht der Sinnlichkeit der Menschen, von welchen die Anstalten realisirt werden müssen, ein Damm durch eine stets wachsame Aufsicht auf ihre Handlungen entgegengestellt wird. Aber wo man in der ganzen Rechtsvertheidigung von dem Satze ausgeht: daß jeder auf sein Recht Verzicht leisten kann, daß also die Verbindlichkeit des Staats zum Schutze bedingt sey, durch die Erklärung des Fordernden, da ist es sehr consequent, wenn nur die gröbern Rechtsverletzungen der angeordneten Gerichte, welche eine Verletzung der Amtspflichten in sich fassen, zum Wirkungskreise der oberaufsehenden und strafenden Gewalt gezogen, die andern aber, soweit sie das Mein und Dein angehen, von der Erklärung des Fordernden abhängig ge-

a) Meine Erörterungen S. 123.

macht werden, welcher gegen sie den Schuz des Staats reclamirt.

II.

Diese Entwickelung führt zu dem Begriffe der Instanzen, wovon in der vorigen Abhandlung gesprochen wurde, und zum Begriffe der Rechtsmittel im Allgemeinen, worunter man alle Mittel versteht: Verletzungen von sich abzuwenden, welche durch den Richter bei einem Rechtsstreite zugefügt werden. Die positiven Quellen unserer Rechtsverhältnisse in Deutschland erkennen die Wahrheit dieser Sätze, sie finden es äußerst bedenklich, das Schicksal eines Prozesses und den davon öfters abhängenden Wohlstand ganzer Familien dem Ausspruch eines einzigen Richters zu überlassen, und sie haben uns mit so vielen und verschiedenen Rechtsmitteln und Instanzen versehen, daß manche einsichtsvolle Männer es schon problematisch fanden, ob wir nicht das Gute übertrieben und auf eine nachtheilige Weise die Zahl der Instanzen und Rechtsmittel zu sehr vervielfältiget hätten. Wenigstens scheint es, man habe nur für eine unparteiische Justiz Sorge getragen, und

darüber eine schleunige Justiz vergessen, und doch ist das letzte nicht minder als das erste Bedingung einer guten Justizverfassung im Staate. — Indessen muß ich die Auflösung des Problems, welches auch Eggers Entwurf einer allemeinen bürgerlichen Prozeß- und Gerichtsordnung a) noch nicht gelößt hat, andern überlassen, da ich nach dem Zwecke dieses Werkes mich auf dasjenige, was nun einmal positive Rechte bestimmen, einschränken muß.

III.

Viel zu gleichgültig scheint man bisher über die Abtheilung der Rechtsmittel hinweggegangen zu seyn, und nur darin finde ich die Veranlassung der großen Lücken, welche im gemeinen Prozesse bei der Lehre von Rechtsmitteln sich darstellen, wenn man der Sache tiefer nachforscht. Man sprach nichts vom Recurse an den Landesherrn, ob man gleich durch das Beispiel des Recurses im reichsgerichtlichen Prozesse darauf hätte aufmerksam gemacht werden können a): wenige handeln von Beschwerden we-

a) Zweiter Band. Zürch 1799. 8. §. 811 — 892.

a) Mein Handbuch Band I. S. 1 — 45.

gen verweigerter und verzögerter Justiz in der Lehre von Rechtsmitteln: selten wird umständlicher, und fast von keinem am gehörigen Orte von simplen Beschwerden oder der aussergerichtlichen Appellation gesprochen: wenige gehen von einer richtigen Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und ausserordentliche aus, ohne welche man zu keinem richtigen Begriffe der Rechtskraft gelangen kann, und viel zu stark eilten Ulich *b*) und Mehlen *c*) in ihren, der Lehre von Rechtsmitteln besonders gewidmeten Schriften zu den einzelnen Rechtsmitteln. Die Darstellung der allgemeinen Grundsätze, Zurückführung der verschiedenen Gegenstände auf allgemeine Ansichten wurde vernachläßiget, so viele praktische Wahrheiten auch davon abhängen. Es wird daher allerdings der Mühe lohnen, diesen Gegenstand in Revision zu nehmen, und ich werde Vergebung hoffen können, wenn ich die für bekannt angenommenen Sachen bearbei-

b) Von Appellationen und Läuterungen auch andern rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen. Wittenberg 1788. 8.

c) Ueber die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse. Berlin und Stralsund 1791. 8.

te, indem bei wissenschaftlichen Gegenständen auch die bekannteste Sache durch die Zusammenstellung Neuheit erhalten kann.

IV.

Rechtsmittel im Allgemeinen müssen in zwei Classen gebracht werden. Sie sind entweder Beschwerden gegen den Richter (simplices querelae) oder Rechtsmittel im eigentlichen Sinne (remedia adversus sententias). — Unter den ersten begreife ich Mittel gegen Rechtsverletzungen, wodurch man den Richter selbst zu seinem Gegner macht, bei welchen daher ganz davon abgesehen wird, ob die Partei, mit welcher man in einem Rechtsstreite befangen ist oder werden soll, aus den Handlungen des Richters ein Recht erwerben kann. — Unter den lezten verstehe ich Mittel, solche Rechtsverletzungen abzuwenden, welche der Gegenpartei ein Recht ertheilen können, wodurch man also mit dieser Gegenpartei über die Rechtsbeständigkeit der vom Richter gemachten Bestimmung streitet.

Ohne noch näher in die Sache einzugehen, ist es doch etwas ganz anders, wenn ich wegen

versagter Justiz mich gegen den Richter beschwere, als wenn ich über die Gültigkeit seines Urtheils mit meinem Gegner streite; die Eintheilung ist also in der Natur der Sache gegründet, nothwendig zur Vollständigkeit des Systems, da manche Rechtsverletzungen durch den Richter entstehen können, welche in keines der gewöhnlich abgehandelten Rechtsmittel passen, und wichtig wegen der großen praktischen Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Rechtsmittel.

Beschwerden gegen den Richter (simplices querelae) müssen immer bei dem obern Richter angebracht werden, eigentliche Rechtsmittel hingegen lassen sich auch ohne Devolutivwirkung denken, wie denn die Revision und die Restitution wirklich diese Devolutivwirkung nicht hervorbringen, und manche Rechtsgelehrte sogar die Nichtigkeitsklage bei dem nämlichen Richter zulassen wollen, welcher das nichtige Urtheil gab, wiewohl ich das Irrige dieser Meinung ausführlich dargethan habe *a*) — Jene können auch bei dem Landesherrn selbst angebracht

a) Erörterungen N. XXVI.

werden, und seßen in dem Obern, an den man sich mit der Beschwerde wendet, die Eigenschaft eines Justizhofes nicht als wesentliche Bedingung voraus; diese sind auch bei dem Oberen bloße Justizsache, fordern in ihm die Eigenschaft eines Justizhofes, und nach den Graden der Subordination unter den Gerichten, daß er der unmittelbar nächste, also zuständige Richter sey. — Jene sind an besondere Summen, Gegenstände, Fatalien, Förmlichkeiten an sich nicht gebunden; aber der Gebrauch eigentlicher Rechtsmittel ist mehrentheils von Summen, Fatalien und Formalien abhängig. Bedarf es wohl noch anderer Verschiedenheiten, um das Interesse einer richtigen Classification deutlich vor Augen zu legen?

V.

Eine Vergleichung dieser beiden Classen von Rechtsmitteln wird die Sache näher aufklären. Rechtsmittel im Allgemeinen haben zwar einige Stücke miteinander gemein: 1) sie fordern das Dasein eines Rechtsstreits; wenn auch bei Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit z. B. bei einer unrechtmäßig ertheilten oder versagten Bestätigung eines Contracts eine Verletzung der Rech-

Rechte und eine Beschwerde denkbar ist, so gehört sie doch nicht zur Sphäre des gemeinen Processes, welcher schlechterdings auf das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten beschränkt seyn muß. 2) Der Ausdruck Rechtsstreit wird im allgemeinen Sinne genommen, nicht eingeschränkt auf wirklich von beiden Theilen gepflogene Verhandlungen, sondern insoferne man sich schon in der Aufforderung der richterlichen Gewalt zum Schuze des Seinen den Rechtsstreit als vorhanden denkt. 3) Die Handlung des Richters, welche das Rechtsmittel begründen soll, muß von ihm in der Eigenschaft als Richter herkommen, und es ist gegen alle Rechtsbegriffe, die Extrajudicialappellationen auf Verlezungen auszudehnen, welche der Richter als Partei a) zufügte. Mag auch das römische Recht bei der Syndicatsklage davon reden, daß der Richter durch ein ungerechtes Erkenntniß sich zur Partei macht (litem suam facit); — dieser Ausdruk gilt nur den Folgen seiner Handlung, er hat

a) Z. B. ein mit Gerichtsbarkeit versehenes Hofkammer-Collegium in einer Sache, wo es nicht als Richter, Verfügungen, sondern als Partei, Erklärungen an seinen Gegentheil giebt.

die Handlung als Richter unternommen, und erst durch sie die Verbindlichkeit auf sich geladen, den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen, und nur insoweit sich zur Partei gemacht. 4) Ohne eine Rechtsverletzung läßt sich wohl kein Mittel denken, dessen Zweck die Abwendung jener seyn soll; aber darum begründet nicht jede scheinbare Rechtsverletzung ein Rechtsmittel, sondern ich fordere noch dazu: daß 5) die Verletzung so beschaffen ist, daß sie nur durch ein Rechtsmittel abgewendet werden kann. Ich stelle hier einen folgenreichen, noch wenig erkannten Saz auf, über den ich mich schon etwas mehr verbreiten muß.

VI.

Wo ein Rechtsmittel nicht die Bedingung zur Erhaltung meines Rechts ist, da kann ich auch ein Rechtsmittel nicht brauchen; oder wo ich nicht appelliren muß, wenn das Erkannte kein förmliches Recht gegen mich werden soll, da kann ich auch nicht appelliren. — Dies ist der Saz, den ich aufstelle, dessen Beweise und Folgen hier vorgetragen werden sollen.

Alle Rechtsmittel setzen voraus, daß man in seinen Rechten verlezt sey; denn sie sind nur

Mittel zu diesem Zwecke. So lange also eine Verletzung noch nicht im Rechtssinne vollbracht, sondern Vertheidigung des Rechts vor dem nämlichen Richter noch möglich ist, so lange kann man sich den Fall, für welchen Rechtsmittel eigentlich verstattet sind, noch nicht als wirklich vorhanden denken; also auch ein Rechtsmittel um da weniger zulassen, als hierdurch die Sache dem Erkenntniß des ordentlichen Richters in der ersten Instanz entzogen, und gegen den Zweck der richterlichen Gewalt im Staate eine Veranlassung gegeben würde, Rechtsstreite zu verewigen. Man kann auch nicht läugnen, daß der Saz, den ich aufstelle, wenn auch nicht ausdrüklich von den Gesetzen anerkannt, doch unumstößlich im Geist der Gesetze begründet sey. Sie verstatten, daß gegen verengte Termine, wider Ladungen an einen unsichern Ort, gegen unschikliche Libelle, gegen eine unrecht gewählte Prozeßart Einreden vorgebracht werden: nicht eher aber, als bis diese Einreden vorgebracht und dadurch gegen Handlungen des Richters die Rechte vertheidigt waren, existirt eine Rechtsverletzung; denn jedem früher gebrauchten Rechtsmittel würde mit Grund der Vorwurf einer Voreiligkeit entgegengesezt werden. Dringen wir nun in den

Geist der Gesetze, wie er sich aus diesen Bestimmungen ergiebt, so liegt darin der allgemeine Grundsaz: daß da, wo bei dem nämlichen Richter noch Rechtsvertheidigung möglich ist, und er selbst noch der Beschwerde abhelfen kann, ein Rechtsmittel nicht Statt findet.

Bewiesen wäre demnach dieser Grundsaz, von dessen Folgen hier noch zu handeln ist. 1) Niemals entsteht ein Inhäsivbescheid, gegen welchen ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr Statt findet, wenn einem simplen Dekrete, einer Verfügung des Richters vor wechselweiser Vertheidigung der Rechte, Einreden entgegengesezt, und diese verworfen wurden *a*); denn jezt erst kann einRechtsmittel angewendet werden. 2)Wurde dem Kläger (in der allgemeinen Bedeutung des Worts) auf seinen Antrag eine ungünstige Entschließung ertheilt: so kömmt es darauf an, ob es ein abschlägiges Dekret auf ein eingeführtes Rechtsmittel war, oder nur ein abschlägiges Dekret auf eine simple Klage in irgend einer Prozeßgattung. — Jenes geht in Rechtskraft über *b*)

a) Handbuch Band I. S.

b) Ebendas. S.

dagegen kann man also ein Rechtsmittel ergreifen, und nur den ganz eignen Verhältnissen der höchsten Reichsgerichte muß man das bei ihnen auch im Appellationsprozesse übliche remedium ulterioris deductionis c) zuschreiben; dieses aber, weil es nicht in Rechtskraft übergeht, läßt weitere Gesuche zu, worüber die Gesetze Zeit und Zahl unbestimmt gelassen haben. Bleiben wiederhohlte Gesuche vom Richter unerhört, so hat der Implorant nichts übrig, als entweder im Wege einer Extrajudicialappellation oder der Beschwerde über verweigerte und verzögerte Justiz sich an den Obern zu wenden, und Abhülfe seiner Beschwerde zu erwarten. Selbst die Reichsgesetze erkennen dies, da sie den Recurs an die Visitatoren erlauben, wenn das Reichskammergericht in Verweigerung der Prozesse eine Ungleichheit begeht d). 3) Gegen erkannte Prozes-

c) Riedesel Vorträge an den vollen Rath des k. Kammerger. (Jena 1791. 8.) S. 225. Reuß Beiträge zur neuesten Geschichte der reichsger. Verfass. und Praxis, Band II. S. 261. liefert den Gem. Besch. vom 18. März 1785.

d) R. A. 1570. §. 78. 79. Sehr schön bemerkt Danz in den Grundsf. des reichsg. Proz. §. 371. daß die Gesetze nur von Ungleichheit in

se, wenn ihrer Erkennung gegründete Einreden im Wege stehen, z. B. wegen des Gerichtsstands, wegen der Prozeßart, wegen Untauglichkeit des Klaglibells, Desertion, Mangel der Appellationssumme u. s. w. kann ein Rechtsmittel nicht ergriffen werden, ehe die Einrede vorgebracht und vom Richter verworfen wurde *e*).

VII.

So bedeutend auch die Punkte sind, worin beide Classen von Rechtsmitteln übereinstimmen, so erheblich sind die Verschiedenheiten, welche eine Classe von der andern auszeichnen. Rechtsmittel im eigentlichen Sinne fordern 1) eine Verfügung des Richters, welche ohne Gebrauch des Rechtsmittels unabänderliche *a*) Norm der Rechtsverhältnisse unter den Parteien ist; eben deshalb 2) das Daseyn zweyer

Verweigerung der Prozesse reden, und daß auf diesem Wege wegen erkannter Prozesse keine Beschwerde geführt werden kann.

e) Handbuch B. I. S. 126—134. Danz in der eben angef. Stelle.

a) In dem Verstande, wie er unten (§. XIX.) näher bestimmt ist.

streitender Theile, deren Eine aus der vom Richter gegebenen Entscheidung ein Recht erhält; 3) eine von beiden Theilen wirklich geführte oder für geschehen angenommene Vertheidigung der Rechte, weil der Richter vor einer wechselseitig unter den Parteien gepflogenen Verhandlung die Absicht gar nicht haben kann, unter ihnen Rechte auf eine unabänderliche Weise festzusetzen. 4) Das Charakteristische aller Rechtsmittel besteht darin: daß durch dieselben die Aufhebung oder Abänderung eines beschwerenden Urtheils gesucht wird *b*); darum fordern Rechtsmittel im engern Sinne Identität der streitenden Theile und des Streitgegenstands, und darum ist es kein Rechtsmittel, wenn nach geendigtem possessorischen Streite der petitorische angefangen, wenn nach ausgeklagtem Hauptschuldner der Bürge belangt, oder wenn mit der Syndicatsklage vom Richter Schadenersaz gefordert wird. 5) Man will bei dem Rechtsmittel im engern Sinne seine Rechte wider seinen vorigen Gegner verfolgen. Der Streit selbst behält daher auch in der zweiten Instanz die ausschließende Eigenschaft einer Justizsache, und hieraus wird es begreiflich, daß nur

b) Grolmann §. 208.

an einen Gerichtshof, keinesweges aber an das Cabinet des Landesherrn c), und nur an den in höherer Instanz zuständigen, also nächsten obern Richter Rechtsmittel gebracht werden können (non per saltum).

VIII.

Ganz anders sind die Rechtsverhältnisse der einfachen Beschwerden, welche die andere Classe von Rechtsmitteln ausmachen. 1) Sie fordern keine Verfügung des Richters, welche ohne den Gebrauch eines Rechtsmittels in eine unabänderliche Norm übergeht, indem sie sogar in Fällen Statt finden, wo es der Richter an aller Rechtshülfe mangeln läßt. 2) Eben aus diesem Grunde ist zu denselben nicht nothwendig, daß zwei streitende Theile bei Gericht wirklich aufgetreten, und 3) die Vertheidigungen der beiderseitigen Rechte geführt worden sind; auch 4) ist ihr Zweck nicht immer Aufhebung oder Abänderung eines beschwerenden Urtheils, sondern er besteht mehr in einer Abwendung der Rechtsverletzung im Allgemeinen. Wir sehen dieses an der Syndicarsklage, mit welcher man nicht die Aufhebung des verletzenden Erkenntnisses, sondern

c) Mein Handb. B. I. S. 1—45.

Ersaz des hierdurch verursachten Schadens fordert. Darum ist auch das Characteristische der simplen Beschwerden, daß bei ihnen der Richter eigentlich zum Gegner gemacht wird; folglich die bei den Rechtsmitteln im engern Sinne nöthige Identität der streitenden Theile hinwegfällt. Eben daraus wird es 5) erklärbar, daß sie nicht immer den Schuz der oberrichterlichen Gewalt auffordern, sondern durch sie manchmal der verlezte Theil zur oberaufsehenden Gewalt seine Zuflucht nimmt, daß also auch das landesherrliche Cabinet, so wenig es als Gerichtshof betrachtet werden kann, bei denselben die ausser der Sphäre der richterlichen Gewalt liegenden Hoheitsrechte geltend machen kann, ohne an die Gradationen der einander subordinirten Gerichte gebunden zu seyn. 6) Auch noch darin zeigt sich eine Verschiedenheit, daß nicht alle Rechtsmittel im strengen Verstande die Devolutivkraft haben, dagegen alle einfache Beschwerden, weil sie wider den Richter eigentlich gerichtet sind, nur bei einem Obern angebracht werden können. 7) Da aber durch die einfachen Beschwerden schon darin der Rechtsstreit aus der ordentlichen Bahn gerückt wird, daß man den Richter zum Gegner macht, so fordert es die

Natur der Sache, daß nur da zu einer simplen Beschwerde geschritten werden könne, wo man von den eigentlichen Rechtsmitteln verlassen ist.

IX.

Zu den einfachen Beschwerden gehören 1) die Klage über verzögerte oder verweigerte Justiz, 2) die auffergerichtliche Appellation gegen Handlungen des Richters, wobei der Ausdruck „auffergerichtlich“ im Sinne des reichskammergerichtlichen Prozesses genommen wird. Die Beschwerde wegen Ungleichheit in Verweigerung der Prozesse, welche die Reichsgesetze Recurs an die Visitatoren nennen, ist eine Gattung hievon. 3) Der Recurs an den Landesherrn, soweit derselbe nach den Grundsätzen des deutschen Staatsrechts gerechtfertiget werden kann *a*). 4) Die Syndicatsklage.

X.

Die eigentlichen Rechtsmittel werden von den mehrsten Schriftstellern nach den Wirkungen classificirt, welche sie hervorbringen, besonders je nachdem sie die Devolutivkraft haben,

a) Mein Handb. B. I. S. 34 u. ff.

oder nicht, und selbst Grolman a) ist bei diesem Eintheilungsgrund stehen geblieben. Sie schicken daher die Lehre von der Rechtskraft, von Einwendung der Rechtsmittel innerhalb zehen Tagen voraus, als wenn alle Rechtsmittel an die Appellationsfatalien gebunden wären. Sie nehmen aber einen falschen Grund der Eintheilung an: denn wer kann daraus, ob ein Rechtsmittel die Sache an den Oberrichter bringt, die Nullitätsklage von der Appellation, diese von der Revision und von ihnen die Restitution unterscheiden? Ich glaube demnach, daß man diese Bahn verlassen muß, um zu einer reinen Erkenntniß zu gelangen, ohne welche vielleicht sogar die bisher ganz geläufige Lehre von der Rechtskraft nicht genau durchschaut werden kann; wobei es also nicht blos theoretischen Speculationen, sondern selbst vielen praktischen Sätzen gilt.

a) §. 212. Mehlen wirft sie schon auf dem Titel seines Werks: "Ueber die Appellationen und andere Impugnativmittel" untereinander; doch berührt er §. 5. die Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche uud ausserordentliche, er nimmt aber den Eintheilungsgrund von der Suspensivkraft her.

XI.

So wie der ganze Prozeß in den ordentlichen und ausserordentlichen eingetheilt werden muß, eben so muß bei Classification der Rechtsmittel im eigentlichen Sinne diese Eintheilung zum Grunde gelegt werden *a*). Die Gesetze gaben für die gewöhnlichen Rechtsverletzungen durch Aussprüche des Richters ein ordentliches Rechtsmitel, sie nannten es Appellation und bestimmten seine Eigenschaften, seinen Rechtsgang, wie sie den Gang des ordenlichen Verfahrens vorgezeichnet hatten. Für ausserordentliche Fälle einer durch Aussprüche des Richters erlittenen Verletzung liessen sie ausserordentliche Rechtsmittel zu, welche sich zu den ordentlichen so verhielten, wie die summarischen Prozesse zum ordentlichen Prozeß. Das römische Recht faßte sie unter dem Namen quae sententiae sine appellatione rescindantur *b*) zusammen, rechnete dahin vorzüglich die Richtigkeitsklage und den Rechnungsfehler, welchen eigene und von Appellationen sehr ab-

a) Martin im Lehrb. des deutsch. gem. Proz. §. 198. hat diese Eintheilung angenommen.

b) Tot. Tit. Pand. quae sentent. sine appell. und einige Titel des Codex.

weichende Eigenschaften, Dauer und Wirkungen beigelegt wurden. Deutsche Gesetze thaten zu diesen ausserordentlichen Rechtsmitteln noch diejenigen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Revision hinzu, und Gesetze einzelner Länder bereicherten dieses Verzeichniß mit Slicupation, Leuterung, Oberleuterung u. d.

Nach der Art der Verletzung und den Mitteln, diese abzuwenden, müssen demnach alle eigentliche Rechtsmittel eingetheilt werden in ordentliche und ausserordentliche. Zu den ordentlichen gehört die Appellation und die Revision, soweit solche im Mangel der Appellationssumme von den Reichsgesetzen als Surrogat der ersteren c) eingeführt wurde. Die ausserordentlichen werden durch ausserordentliche Arten der Rechtsverletzung oder durch ungewöhnliche Mittel und Gründe, sie abzuwenden, begründet. Ist nehmlich das Urtheil in einem so hohen Grade Verletzung der Rechte, daß in ihm ein Mangel an wesentlichen Bestandtheilen liegt, und nimmt man dieses zum Grunde der ausserordentlichen Hülfe, so bil-

c) Erörterungen S. 207.

det sich daraus die Klage über unheilbare Nichtigkeit. — Sieht man sich durch das Urtheil beschwert, geht also die Beschädigung aus dem Urtheil selbst hervor, und bekämpft seine Rechtmäßigkeit bei dem nämlichen Richter und aus den nämlichen Merkmalen, welche ihm schon in den vorigen Verhandlungen vorgelegt waren (ex iisdem actis), so ist es die Revision als nicht subsidiarisches Rechtsmittel betrachtet [c]). — Wird endlich davon abgesehen, ob das Urtheil den vorigen Verhandlungen angemessen ist, oder nicht, und begehrt man eine Abänderung des Urtheils deshalb: weil dem Richter vorher die wahren Merkmale des Rechtsstreits nicht vorgelegt, sondern diese erst aufgefunden wurden (Nova), so entsteht das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Eine bloße Protestation gegen ein Urtheil ist weder an sich ein Rechtsmittel, noch ein Surrogat der Einwendung der Appellation oder eines andern Rechtsmittels, sondern gegen wahre Urtheile eine von allen rechtlichen Folgen entblößte Handlung; weshalb von ihr

d) Grolman §. 219.

in dieser Abhandlung nichts besonderes zu bemerken ist d).

XII.

Man wird es mir nicht zum Vorwurf machen, daß ich von Erläuterung des Urtheils weder bei den eigentlichen Rechtsmitteln gegen Urtheile, noch bei den einfachen Beschwerden gegen den Richter handle. Wie sollte sie wohl unter den Rechtsmitteln auch nur im Allgemeinen eine Stelle finden, da durch sie weder die Rechtmäßigkeit des Urtheils bestritten, noch eine Beschwerde wider den Richter geführt, sondern nur von ihm die Hebung der Zweifel und Undeutlichkeit seines Urtheils gefordert wird. Auch zählen die bessern Schriften über den gemeinen Prozeß sie nicht unter die Rechtsmittel a), ob sie gleich von ihr bei der Lehre von Rechtsmitteln handeln. Nur kann ich es mit einem richtigen Systeme nicht vereinbaren, daß dieser Gegenstand bei einer Lehre erörtert wird,

c) Leyser Spec. 655. med. ult. Mevius Decis. Part. VI. Dec. 281. Mehlen a. a. O. §. 70.

a) Claproth ord. Proz. §. 349. Danz §. 439. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahr. § 208.

von welcher man ihn ausscheidet; und es ist gewiß dem Systeme mehr anpassend, wenn man ihn bei dem allgemeinen Theile des Prozesses da, wo vom Urtheil überhaupt gesprochen wird, also bei Grolman zum §. 100. behandeln. Man vergebe mir diese kleine Ausschweifung, welche ich aus Liebe zum System hier nicht unterdrücken konnte.

XIII.

Einfache Beschwerden ruhen auf besondern und jeder derselben eignen Bestimmungen. Eigentliche Rechtsmittel hingegen verdienen eine nähere und ins Allgemeine gehende Erörterung ihrer Rechtsverhältnisse, welche zu liefern der Zweck der künftigen Ausführung ist

XIV.

I. Rechtsmittel im engern Sinne haben den Zweck, daß die im vorhergehenden Urtheil liegende Rechtsverletzungen durch eine Abänderung des Urtheils gehoben werden; eine Abänderung, welche ein neues Urtheil erfordert, folglich eine neue Verhandlung unter den Parteien, da auch in der zweiten Instanz kein Urtheil ohne vorhergehende Vertheidigung der

Rechte

Rechte von beiden Theilen gedacht werden kann; sobald daher von einer Abänderung des vorigen Erkenntnisses die Rede ist, so muß eine neue Verhandlung vorausgehen, und zu derselben durch Mittheilungsbescheide der ordentliche Weg geöffnet werden. Dieser Grund fällt aber hinweg, wenn nur von Bestätigung des vorigen Urtheils die Rede ist; daher ist bei allen Rechtsmitteln der doppelte Standpunkt im Verfahren wohl zu unterscheiden. Vom Gebrauch derselben bis dahin, wo der Richter das Rechtsmittel für begründet und zulässig erklärt, — also von der Einlegung des Rechtsmittels (Interpositio) seiner Einführung bei dem oberen Richter (Introductio) und seiner Rechtfertigung (Iustificatio) bis zum Relevanzbescheide ist alles, was bei Gericht vorgeht, nur einseitige Handlung dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, nur eine Extrajudicialsache in der Sprache des kaiserlichen Reichskammergerichts, wobei von Handlungen des andern Theils keine Rede seyn kann. Erst nach angenommenen Rechtsmitteln, nach erkannten Prozessen tritt das Verfahren in eine Lage, bei welcher wechselseitige Verhandlungen der Parteien nothwendig sind,

weil hier über den Rechtsbestand des Erkenntnisses ein Urtheil gefällt, also die Hauptsache entschieden werden soll, wo alle vorhergehende Prüfungen nur die Einleitung zum Verfahren in zweiter Instanz betrafen.

XV.

II. Der Gebrauch eines Rechtsmittels hat großen Einfluß auf die Rechte des obsiegenden Theils, und der Staat selbst ist dabei interessirt, dem Mißbrauch der Rechtsmittel entgegen zu arbeiten, und die Ungewißheit des Rechts zu hindern, welche immer das traurige Gefolge der an die Stelle des Gesetzes geschobenen Willkühr ausmacht. Als Mittel zu diesem Zwecke führten die Gesetze jedes Rechtsmittel, sowohl das ordentliche als die ausserordentliche auf bestimmte Erfordernisse zurük: sie bestimmten Appellations- und Revisionssummen, sie machten die Rechtsmittel vom Gebrauche innerhalb einer bestimmten Zeit und von Einhaltung besonderer Förmlichkeiten abhängig. Sie sind einmal nach dem Buchstaben und den weisen Absichten unserer Gesetze Bedingung der Rechtsmittel. Kein Richter darf sich also erlauben, aus einer erträumten Billigkeit und Milde von der gesezmäßigen Stren-

ge abzugehen, und im Mangel der gesezlichen Erfordernisse ein Rechtsmittel zuzulassen. Mit Vergnügen unterschreibe ich in diesem Sinne den Ausruf jenes kammergerichtlichen Votanten *a*), wie es mit den Urtheilen werden solle, wenn dem Richter erlaubt würde, gegen klare Gesetze sich über die Förmlichkeiten der Rechtsmittel hinwegzusetzen, so wenig ich auch der Anwendung dieses schönen Grundsatzes, wie sie dort auf Restitutionen gemacht war, beipflichten konnte *b*).

XVI.

III. Wenn gleich bei allen Rechtsmitteln die Identität des Streitgegenstandes ungestöhrt erhalten werden muß (§. VII. n. 4.), so fordern doch nicht alle Rechtsmittel auch Identität der Gründe und Merkmale oder Beweise. In Rüksicht der Gründe, aus welchen man die Rechtmäßigkeit des vorigen Erkenntnisses bestreitet, sind die Rechtsmittel abzutheilen: 1) in solche, welche das Vorbringen neuer Merkmale gar nicht zulassen; — dahin gehört die Nichtig-

a) Bei (Hoscher) Samml. merkwürdiger am K. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle, Th. 4. S. 81.

b) Erörterungen S. 189.

keitsklage und die Revision, soweit sie das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte bei mangelnder Appellationssumme nicht ist; 2) in solche, welche nur auf neues Vorbringen gebaut werden können; — dahin gehört das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; 3) in solche, welche beides zugleich zulassen, wohin man die Appellation mit der Revision, als Surrogat der ersten betrachtet, zählen muß.

XVII.

IV. Bei dem Gebrauche eines Rechtmittels ist eigentlich über die Frage zu erkennen: ob das Urtheil des Richters gerecht sey? Nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand macht eine Ausnahme, indem sie auf neues Vorbringen, abgesehen von der Rechtmäßigkeit des vorhergehenden Urtheils, begründet wird; aber eben deshalb als ein ganz neuer Streit betrachtet werden kann, da über die neu vorgelegten Merkmale überall noch nichts erkannt war. Da nun niemand in eigner Sache Richter seyn kann, und bei einem Rechtsmittel doch in einiger Rüksicht der Richter, welcher das vorige Erkenntniß gab, über seine eigne Handlung urtheilen müß-

te, so scheint es im Begriffe der Rechtsmittel überhaupt zu liegen, daß durch sie die Sache dem Erkenntniß des höheren Richters unterworfen wird. Alle Rechtsmittel sollten demnach eine Devolutivkraft haben, um somehr, als die Gesetze den Saz: Iudex semel gravans semper gravare praesumitur *a*) allgemein aufstellen. Allein die positiven Quellen des Prozesses in Deutschland theilen die Rechtsmittel in devolutive und nicht devolutive, und zählen zu den ersten die Appellation und Nullitätsklage, jedoch das lezte nicht ohne Widerspruch *b*), zu den lezten hingegen die Revision und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

XVIII.

V. Suspensivkraft, welche man den Rechtsmitteln zuzuschreiben pflegt, kann in dreifacher Bedeutung genommen werden, welche eine genaue Absonderung fordern, wenn man das Ganze richtig einsehen will.

a) L. 6. C. de Appellat.

b) Meine Erörter. S. 122. Vergl. Grolmann §. 212. Der gegentheiligen Meinung ist Martin Lehrbuch des deutsch. gem. Proz S. 262. Note i.

A) Insoweit durch ein Rechtsmittel die Gewalt des vorigen Richters bis zum Ausgang des Streits in der neuen Instanz gehemmt wird, — ist die Suspensivkraft eine Folge der Devolutivwirkung eines Rechtsmittels *a*), und hier gilt die Regel: bei allen devolutiven Rechtsmitteln ist durch ihren rechtmäßigen Gebrauch die Gewalt des vorigen Richters in dieser Sache suspendirt; er darf in der Sache nichts weiter vornehmen, nichts mehr entscheiden, sondern er muß alles, was mit dem Rechtsmittel in Verbindung steht, dem Erkenntniß des höhern Richters überlassen. Aus dieser Ursache kann der Richter voriger Instanz niemals die Wiedereinsetzung gegen verabsäumte Nothfristen erkennen *b*), niemals solche Unbilden selbst bestrafen, welche, ohne in die Erheblichkeit der Beschwerden einzugehen, nicht beurtheilt werden können *c*).

Es läßt sich aber begreifen, daß alles dieses bei nicht devolutiven Rechtsmitteln aufhört,

a) L. un. D. nihil innovari appell. interpos.

b) Danz §. 423. Meine Erörter. S. 106 und nach ihnen Grolmann S. 341. in der Note.

c) Handbuch B. I. S.

und wir sehen bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Urtheil, daß die ganze Einleitung und Beurtheilung des Rechtsmittels dem Richter überlassen ist, welcher das vorige Erkenntniß fällte.

XIX.

B) Suspensitivkraft bedeutet auch dieses, daß das vorher Erkannte nicht unabänderliches, förmliches Recht unter den Parteien wird. Hier kömmt man gewöhnlich an die Idee der Rechtskraft, lehrt den Saz: daß die Rechtskraft zur unabänderlichen Norm der Rechte unter den streitenden Theilen aufwachse, wirkliches Weis in förmliches Schwarz umschaffe (res judicata facit ex albo nigrum); behauptet, daß durch Einwendung eines Rechtsmittels innerhalb zehen Tagen die Rechtskraft gehemmt werden könne, und nimmt noch eine Classe von Rechtsmitteln an, durch welche auch rechtskräftige Urtheile angefochten werden können.

Allein mir scheint ein Widerspruch darin zu liegen, daß man ein rechtskräftiges Urtheil einmal für unabänderliche Rechtsnorm erklärt, und das anderemal Rechtsmittel zur Anfechtung rechts-

kräftiger Erkenntnisse aufstellt. Schon das römische Recht drückt sich besser aus, indem es von Urtheilen spricht, welche ohne Appellation angefochten werden können *a*), und mehr von der Idee ausgeht, daß solche Urtheile nicht rechtskräftig werden *b*). Es mangelt also an einem richtigen Standpunkt, von welchem man ausgehen muß, um den wahren Begriff der Rechtskraft zu finden, und es gilt hier keiner bloßen theoretischen Spizfindigkeit, obgleich auch diese schon wissenschaftlichen Vortheil gewährte. Wenn durch Anerkennung des Urtheils dasselbe noch vor Verlauf der zehentägigen Frist in Rechtskraft übergeht, und der Grund hievon in einem Verzichte liegt, sage man mir doch, wie weit sich die Wirkungen des Verzichts erstreken, ob sie auch den Rechnungsfehler, die Nichtigkeitsklage oder die Restitution in sich fassen? — und woraus kann man die Frage lösen, als aus einem richtigen Gesichtspunkt der Rechtskraft? Wir wollen ihn aufsuchen.

a) Siehe den ganzen Titel der Pandecten: quae sentent. sine appellat. rescindantur.

b) Danz §. 418.

XX.

Dem Staatsbesten würde es zuwider seyn, wenn der Gebrauch der Rechtsmittel nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt wäre. So viele Anrathungsgründe die Gesetze fanden, um der Ungewißheit des Eigenthums durch Einführung der Verjährung zu steuern, eben so viele haben sie, damit die Ungewißheit der vom Richter erkannten Rechte gehindert werde, für den Gebrauch eines Rechtsmittels einen Zeitraum festzusetzen, und es als einen Verzicht anzusehen, wenn man diese Zeit verstreichen läßt, ohne in derselben ein darauf beschränktes Rechtsmittel zu brauchen.

Verschieden ist dieser Zeitraum nach Verschiedenheit der Rechtsmittel. Bei ordentlichen Rechtsmitteln besteht er nach dem gemeinen Rechte in zehen Tagen; bei ausserordentlichen Rechtsmitteln, und zwar bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in vier Jahren; bei der Nichtigkeitsklage in dreißig Jahren. Unabänderliches Recht, ganz über alle weitere Anfechtung erhoben, wird also ein Urtheil erst nach dreißig Jahren, und ein Begriff der Rechtskraft, nach welchem schon

nach zehen Tagen ein Urtheil unabänderliches Recht wird, und wirkliches Weis in förmliches Schwarz sich verwandelt, ist, so wie er da liegt, sichtbar falsch. Man muß also noch andere Ideen aufsuchen, um eine richtige Erkenntniß der Rechtskraft zu erlangen.

XXI.

Können auch Urtheile noch innerhalb vier oder dreißig Jahre durch ausserordentliche Rechtsmittel angefochten werden, so darf doch eine gute Gesezgebung die ausserordentlichen Fälle nicht zur Regel, und die Realisirung des richterlichen Ausspruchs nicht von einem Zeitpunkte abhängig machen, welcher die Dauer des thätigen Menschenlebens aufwiegt; sondern sie muß die gewöhnlichen Fälle zunächst vor Augen haben, und für sie bei nichtgebrauchten Rechtsmitteln die Vollstreckung des vom Richter gefällten Ausspruchs zur Regel machen. Dies drükt sie unter dem Namen der Rechtskraft (res judicata) aus, und diese besteht nach dieser Berichtigung des Gesichtspunkts darin: daß 1) das Urtheil durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, folglich inso-

weit zur unabänderlichen Rechtsnorm erwachsen ist, und 2) daß es, ohne einen andern Zeitpunkt abzuwarten, auf Verlangen des obsiegenden Theils vollstreckt werden muß.

Aufferordentliche Rechtsmittel stehen also gar nicht unter der Cathegorie der Rechtskraft, und daraus kann man es leicht erklären, daß in einem Verzichte auf das ordentliche Rechtsmittel besonders durch Handlungen, wodurch das Urtheil in Rechtskraft übergeht, kein Verzicht auf die aufferordentlichen Rechtsmittel enthalten ist. *a*)

XXII.

C) Suspensivkraft kann endlich die Wirkung der Rechtsmittel bezeichnen, daß das angefochtene Urtheil nicht vollstrekt wird, bis über den Rechtsbestand desselben in zweiter Instanz erkannt worden ist (effectus suspensivus); in diesem Ver-

a) Alles, was diese Rechtskraft, das Fatale interponendae, seine Berechnung u. d. angeht, muß als Eigenheit des ordentlichen Rechtsmittels aus dem allgemeinen Theile der Rechtsmittel ausgeschieden, und bei der Lehre von ordentlichen Rechtsmitteln behandelt werden.

stande muß alles in dem Zustande gelassen werden, in welchem die Sache zur Zeit des ergangenen Urtheils oder des ergriffenen Rechtsmittels war, und die Rechtsmittel werden in Suspensive und Nichtsuspensive eingetheilt. Den ordentlichen haben die Gesetze die Suspensivkraft ausdrüklich verliehen, gehört also zu den besonders begründeten Ausnahmen, wenn bei ihnen diese Wirkung in einem concreten Falle nicht eintreten soll. Ueber die ausserordentlichen Mittel mangelt es an gesezlichen Bestimmungen, daher beruht bei ihnen so vieles auf Meinungen, welche nur durch Beiziehung allgemeiner Grundsätze geprüft und berichtiget werden können. Ich stelle folgende Regeln auf.

1) Auch die ausserordentlichen Rechtsmittel haben eine Suspensivkraft, wenn man sich derselben innerhalb der Zeit bedient, welche den ordentlichen Rechtsmitteln vorgeschrieben ist. Wer würde wohl einer innerhalb zehen Tagen angestellten Nichtigkeitsklage die Suspensivkraft versagen?

2) Nach diesem Termine hat kein ausserordentliches Rechtsmittel eine rükwirkende Suspensivkraft, d. h. daß alles in den Zustand

zurükgesezt werde, in welchem sich die Sache zur Zeit des verkündeten Urtheils befand.

3) So weit aber die Sache noch unvollstrekt ist, sollte man nach den §. XXI.) angegebenen Wirkungen der Rechtskraft als Regel annehmen: daß durch sie die Execution nicht gehemmt werde; allein dies wird so streng nicht genommen, und es läßt sich für die Suspensivkraft der Grund anführen, daß, wenn durch das Rechtsmittel das vorige Erkenntniß problematisch wird, es doch sehr hart wäre, dasselbe in Vollzug zu sezen. Wir sehen daher α) daß bei Nullitätsklagen, sobald ein unersezlicher Schaden bevorsteht, Inhibition erkannt wird a), β) daß dem Rechtsmittel der Wiedereinsezung in den vorigen Stand die Suspensivkraft in der Regel zukömmt b), γ) sogar die Revision gegen kammergerichtliche Urtheile hatte die Suspensivkraft, bis erst der jüngste Reichsabschied c) ihr die-

a) Berg Grundriß der reichsger. Verfassung und Praxis §. 326.

b) v. Riedesel Vorträge an den vollen Rath des kaiserlichen Kammergerichts (Jena 1791. 8.) Zweit. Vortr. §. 19. S. 102 ff.

c) §. 124.

se Wirkung unter besondern Modificationen entzogen hat.

4) Eben diese Stelle des jüngsten Reichsabschieds giebt aber einen analogen Grund für den Saz an, daß in allen Fällen, wo ein Rechtsmittel die Suspensivkraft nicht hat, der obsiegende Theil seinem Gegner auf dessen Verlangen vorher Sicherheit auf den Fall eines reformatorischen Erkenntnisses leisten muß

XXIII.

VI. Was immer gegen eine der drei Wirkungen geschieht, welche unter dem Namen Suspensivkraft verstanden werden (§. XVIII — XXII.), heißt Attentat, es mag vom Richter oder von einem der streitenden Theile herrühren. Begeht es der Appellant, so macht er sich seines ergriffenen Rechtsmittels verlustig *a*); wird es aber vom Richter voriger Instanz oder der Gegenpartei begangen, so ist es offenbar eine gesezwidrige Handlung, welche durch nichts gerecht-

a) Cap. 42. X. de Appellat. Cramer Observ. Jur. Univ. Tom. I. obs. 65.

fertigt werden kann, welche also zu einem Mandate qualificirt ist. Der Reichshofrath erkennt auch sehr zwekmäßig Rescripte mit der Bemerkung, wenn sich die Sache angebrachtermassen verhielte b), das Reichskammergericht unterscheidet aber verschiedene Fälle, welche in den Gesetzen c) genau angegeben sind. Nur wird vorausgesezt, daß dem Richter oder Gegentheil von der Ergreifung des Rechtsmittels Nachricht gegeben worden sey.

XXIV.

VII. Rechtsmittel sind ein besonderer Anspruch. Da nun der Staat den richterlichen Schuz zu ertheilen nur bedingt verbunden ist, wenn er gefordert wird, da jeder auf sein Recht, also auch auf dessen Vertheidigung durch Rechtsmittel Verzicht leisten kann, so können sich die Wirkungen eines Rechtsmittels nicht weiter erstrecken als auf die Punkte, wider welche es ergriffen wurde. Man muß daher bei einem Ur-

b) Hanzely Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis §. 1204. Desselben Grundriß B. III. Abth. 1. §. 227.

c) Visit. Absch. v. J. 1713. §. 49.

theil, welches sich über mehrere Punkte verbreitet, unterscheiden, ob sie im Grundsaz, unter welchen sie subsumirt wurden, theilbar sind, oder nicht. Sind sie theilbar, so sind es so viele verschiedene Urtheile, als Punkte in ihm entschieden wurden; darum gehen nicht nur alle Punkte, gegen welche das Rechtsmittel nicht gerichtet worden, in Rechtskraft über, sondern man kann auch, wo ein Rechtsmittel auf gewisse Summen beschränkt ist, in diesem Falle nicht mehrere Punkte des Urtheils zusammen fassen, um dadurch die Summe herauszubringen a). Fließen aber die mehreren in Punkte getheilten Entscheidungen aus Einem Grundsaz, sind sie demnach im Grundsaz untheilbar, und nur als Folge desselben anzusehen, so erstrekt sich ein gegen den Grundsaz eingewandtes Rechtsmittel auf alle darunter zu subsumirende Punkte, und man kann auch mehrere einzelne Summen zusammensezen, um dadurch bei untheilbaren Punkten die Summe herauszubringen, welche bei Ergreifung eines bestimmten Rechtsmittels nothwendig ist.

XXV.

a) Stark de summa appellabili-rite aestimanda. Wezlar 1790. Sect. II. § 28. 29. Meyern Regensburg. Reichstagshandlungen Th. II. S. 232.

XXV.

VIII. Wer ein Rechtsmittel ergreift, wird angreifender Theil, welche Rolle er auch bei den vorigen Verhandlungen sonst hatte; denn das Rechtsmittel ist ein neuer Anspruch auf Rechte, also wird es im Verfolg der Verhandlungen als Klage angesehen, und hiernach Bau und Zahl der Schriften der Regel nach abgemessen. So wie nun überhaupt die Rechte der streitenden Theile gleich sind a), so muß auch dieser Grundsaz bei den Rechtsmitteln seine Wirkungen äussern, welche vorzüglich, nebst der Zahl und Ordnung der zu wechselnden Schriften, darin sichtbar sind, daß auch dem Gegentheil neue Merkmale bei den Verhandlungen der zweiten Instanz vorzubringen erlaubt oder nicht erlaubt ist, je nachdem diese Befugniß demjenigen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, zusteht oder nicht.

XXVI.

IX. Ein Urtheil kann beiden Theilen verlezend seyn, und beiden zur Ergreifung eines

a) Mein Handb. B. I. S.

Rechtsmittels den Anlaß geben. Hier ist eine doppelte Ergreifung eines Rechtsmittels vorhanden; in Rükſicht auf Fatalien, Verzicht u. d. muß jedes Rechtsmittel als ſelbſtſtändig und vom Rechtsmittel ſeines Gegners unabhängig betrachtet werden, und man würde dieſen Fall weit beſſer mit dem Namen eines wechſelweis ergriffenen Rechtsmittels (appellatio duplex ſeu reciproca) bezeichnen, wie ihn Pütter *a*) nennt, als man ihn bei andern unter dem Namen Principaladhäſion findet *b*).

Nur in Rükſicht der Gerichtsbarkeit kömmt es bei ſolchen von beiden Parteien ergriffenen Rechtsmitteln auf beſondere Unterſchiede an, welche ich näher auseinander ſetzen will. Wenn 1) jeder Theil einen andern Punkt des Urtheils anſicht, ſo iſt auch im Gegenſtande des Rechtsmittels eine Trennung vorhanden, und hier iſt aus dieſer Urſach ein Rechtsmittel auch im Gerichtsſtande des fernern Verfahrens vom andern

a) Diſſ. de praeventione in cauſis Appellat. Cap. 1. in deſſen Opuſc. ad rem jud. Imp. iluſtr. S. 480.

b) Danz §. 414. Mehlen über die Appellat. §. 20. und andere.

unabhängig, denn es ist nun nicht mehr ein Streit, es sind so viele Streitigkeiten, als Punkte des Urtheils von verschiedenen Parteien angegriffen wurden; jedes Rechtsmittel wandelt also ungestöhrt seinen Gang bei dem Richter fort, bei welchem es angebracht wurde, und nicht einmal kann die Wirksamkeit einer Prävention gedacht werden. Betreffen hingegen 2) die von den Parteien wechselweis ergriffenen Rechtsmittel die nämlichen oder wenigstens unzertrennbare Punkte eines Urtheils, so entscheidet α) bei identischen und nur an verschiedenen concurrirenden Gerichtshöfen angebrachten Rechtsmitteln unter diesen Richtern die Prävention, wie die täglichen Beispiele bei den höchsten Reichsgerichten beweisen. β) Bei nicht identischen Rechtsmitteln glaubt Mehlen c) daß das devolutive Rechtsmittel das nichtdevolutive an sich ziehe. Allein schon die höchsten Reichsgerichte beobachten von sich diesen Saz nicht, denn wie könnte sonst das kaiserliche Reichskammergericht in einer Restitutionssache fortfah-

c) Ueber Appellat. §. 128. mit Cramer Observ. 1369, Mevius Part. VIII. Dec. 425. und Leyser Sp. 655. med. 61. auch Martin Lehrbuch des gem. Proz. §. 199. stimmt demselben bei.

ren, wenn über eben dasselbe Urtheil die Revi-
sion ergriffen worden wäre? und sie werden doch
gegen andere Richter nicht Maximen aufstel-
len, die sie selbst nicht für gültig erkennen?
Ich kann also nur dann diesem Satze beistimmen,
wenn in Zweck und Mitteln das devolutive
Rechtsmittel mit dem nichtdevolutiven Identität
hat. So bekenne ich gern, daß in dem vom Cra-
mer angeführten Falle die von den Herrn von
Stökheim an das Reichskammergericht ergriffene
Appellation, die vom Domkapitel zu Hildesheim
gegen das nämliche Urtheil bei dem vorigen Rich-
ter gesuchte Leuterung nach sich gezogen habe.
Aber man setze, daß ein Theil ein Rechtsmittel
ergriffen hat, welches keine Nova zuläßt, und
der Gegner das nur auf Nova zu bauende Rechts-
mittel der Restitution brauchen wollte. Wie in
aller Welt sollte hier als möglich gedacht werden,
daß das devolutive Rechtsmittel das nichtdevoluti-
ve nach sich ziehe?

XXVII.

X. Blos von reinen Grundsätzen ausgegan-
gen, sollte man denken, daß ein Urtheil in
Rüksicht dessen, welcher kein Rechtsmittel er-
griffen hat, auch bei einem von seinem Gegner

gebrauchten Rechtsmittel in dem Sinne rechtskräftig werde, daß er durch ein ordentliches Rechtsmittel dasselbe nicht mehr anfechte, eine Abänderung desselben zu noch grösserm Nachtheil seines Gegners (Reformatio in peius) nicht fordern kann. Denn er konnte sich ja eines Rechtsmittels bedienen, wenn er sich durch das Urtheil für beschwert hielt, und er erklärte in der Unterlassung durch die That, daß er mit dem Urtheil zufrieden sey: er beschränkt sein Recht auf den Buchstaben des Urtheils, und streitet nur, um den Rechtsbestand dessen zu behaupten, was der Richter für Recht erkannt hat. Das Urtheil würde auch in Rechtskraft übergegangen seyn, wenn der Gegentheil ein Rechtsmittel dagegen nicht ergriffen hätte. Dieser wollte durch seine zu seiner Rechtsvertheidigung vorgenommene Handlung gewiß seinem Gegner kein Recht erwerben, seinen Zustand nicht verschlimmern, wie sollte nun dem Gegner ein Recht auf Abänderung des Urtheils zum Nachtheil dessen erworben werden, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat? Würde also Natur der Sache allein entscheiden, so könnte man nach ergriffenem Rechtsmittel keine Abänderung des Urtheils denken, welche den Zustand dessen,

welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, zum Vortheil seines Gegners noch schlimmer macht, als er nach dem vorigen Erkenntnisse war a). Aber das positive Recht hat diese Grundsätze modificirt, es hat mit den Rechtsmitteln eine Gemeinschaft der daraus fließenden Vortheile verbunden, und den Grundsaz von der Gleichheit der Rechte unter den streitenden Theilen auf eine Art in Anwendung gebracht, daß auch zum Vortheil dessen, wider welchen das Rechtsmittel ergriffen wurde, eine Abänderung des Urtheils unter besondern Voraussetzungen erfolgen kann. Zwar sprechen die Gesetze nur von der Appellation, allein ihr Grund ist allgemein, und muß auf alle Rechtsmittel angewendet werden.

a) Die neue k. preuß. Prozeßordnung Tit. XIV. §. 11. blieb aus sehr richtigen Gründen bei der Natur der Sache stehen, und bestimmte: „Die „Appellation soll zwischen den prozeßführenden „Theilen keine gemeinschaftliche Wohlthat seyn, „sondern derjenige, welcher sich bei dem Erkenntnisse beruhigt, kann auf die von seinem „Gegner dagegen eingewandte Appellation eine „Abänderung desselben zu seinem Vortheile niemals hoffen.“

XXVIII.

Einige Rechtslehrer drücken diesen Saz dadurch aus, daß sie sagen: der Appellat *a*) könne adhäriren. — Andere sagen: die Appellation sey eine gesezliche gemeinschaftliche, beiden Theilen zukommende Wohlthat; die mehrsten behandeln beide Sätze als gleichbedeutend *b*). Nichts weniger als gleichgültig ist es, welcher von diesen Meinungen man anhängt; ist die Appellation eine gesezliche gemeinschaftliche Wohlthat, so muß der Richter auch unaufgefordert das Urtheil zum Vortheil des Appellaten abändern. — Ganz anders verhält es sich, wenn der Appellat nur adhäriren kann, denn in diesem Fall ist ein ausdrüklicher Antrag des Appellaten auf Abänderung des Urtheils Bedingung derselben; welch ein großer Unterschied! Sehe man doch, was darüber die

a) Um mich kürzer auszudrücken, behalte ich die Namen Appellant und Appellat bei, ich verstehe aber dieses, was ich bis zum §. XXXV. von der Appellation sage, von allen Rechtsmitteln.

b) God. Dan. Hoffmann de adhaesione et communione appellationis. Tubing. 1769.

Natur der Sache entscheidet, und was das positive Recht bestimmt.

Die Natur der Sache lehrt, daß der Appellat, auch vorausgesezt, daß er auf Abänderung des Urtheils, gegen welches er kein Rechtsmittel ergriffen hat, dringen könne, diese Abänderung ausdrüklich fordern müsse. Keinem Richter kömmt das Recht zu, ultra petita partium zu erkennen, und dies würde geschehen, wenn in der neuen Instanz das Urtheil zum Nachtheil des Appellanten abgeändert würde, wo es der Appellat nicht ausdrüklich forderte, denn seine Bitte war im unterstellten Falle nur auf Bestätigung, keinesweges aber auf Abänderung des Erkenntnisses gerichtet. Der im Prozeß so oft durchgreifende Grundsaz eines Verzichts spricht also laut gegen eine von Amtswegen zu verfügende Abänderung des Urtheils zum Vortheil des Appellaten. Eben derselbe zeigt aber, daß in unsere Frage alle Beispiele nicht gehören, wo Punkte abgeändert werden sollen, welche vom Verzichte der Parteien nicht abhängen, wohin ich vorzüglich die von Puffendorf b)

b) Observ. tom. II. obs. 119.

angeführten Falle eines vom Unterrichter auferlegten überflüssigen oder irrelevanten Beweises rechne; welche also, wie ich hier ein für allemal bemerke, gegen meine Meinung nicht angeführt werden können.

Ich gehe nun zu den Bestimmungen des positiven Rechts über.

XXIX.

Eine hauptsächlich entscheidende Quelle bei diesem Gegenstande ist das römische Recht; denn das canonische berührt ihn nur in einer *a*) Stelle, und auf eine Weise, daß es mehr von denjenigen, die dem Appellanten adhäriren, als von einer Adhäsion gegen den Appellanten verstanden werden muß. Nach dem ältern römischen Rechte war nur diejenige Partei, welche appellirt hatte, berechtigt, eine Abänderung des Urtheils zu fordern, gegen den Nichtappellanten wurde das Urtheil rechtskräftig. Justinian hob dieses ältere Recht auf, und verordnete, daß nachdem der Appellant in judicio *b*) mit

a) Cap. 4. De Elect. in. 6.

b) Warum ich diesen lateinischen Ausdruk beibehalten habe, wird sich nachher zeigen.

den Gründen seiner Appellation hervortrat, auch der Nichtappellirende dasjenige, was er dem Urtheil entgegensetzen wolle, vorbringen könne; und zwar mit dem Unterschiede, daß, wenn der Appellat anwesend ist, (si praesto fuerit) er es vorbringen, und dadurch sich den Schuz des Richters erwerben sollte; (Iudiciale mereri praesidium) würde er aber abwesend seyn, so sollte auch ohne sein Vorbringen (nihilominus) der Richter unaufgefordert, (per suum Vigorem das erkennen, was den Rechten angemessen ist, und hierdurch das Beste des Abwesenden besorgen (eius partes adimplere) c).

c) L. 39. C. de appellat. „Ampliorem providen„tiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi „vigilantes inveniunt, antiquam observationem „emendamus: cum in appellationum auditoriis „is solus post sententiam judicis emendationem „meruerat qui ad provocationis convolasset auxi„lium, altera parte, quae hoc non feciſſet, „sententiam sequi (qualiscunque fuisset) com„pellenda. Sancimus itaque, si appellator se„mel in judicium venerit, et causas appellatio„nis suae proposuerit, habere licentiam et „adversarium eius, siquid judicatis opponere „maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et „judiciale mereri praesidium. Sin autem ab„sens fuerit, nihilominus judicem per suum „vigorem eius partes adimplere“

Alle Fragen, so viele auch bestritten sind, können wir auflösen, wenn wir uns genau an das Gesez selbst halten *d*).

XXX.

1) Im Gesetze kommen die Worte Adhäsion oder Gemeinschaft der Appellation nicht vor; diese sind nur Erfindung der Glossatoren, ich muß also feierlich warnen, daß man ja aus diesen Worten keine Argumente für eine oder die andere Meinung entnimmt. Das Gesetz stellt den Fall auf, daß nur eine Partei appellirt habe; es kennt also die sogenante Principaladhäsion nicht, eben so wenig die Adhäsion über andere Punkte des Urtheils, gegen welche die Appellation nicht gerichtet war, zu welcher Cramer *a*) und Böhmer *b*) die Einhaltung

d) Der gemeinschaftlichen Wohlthat der Appellation wird erwähnt im R. A. vom J. 1594. §. 96. und im Konz. der verb. K. G. O. Th. III. Tit. 34. §. 15. und Tit. 53. §. 2. aber nur im Vorübergehen, ohne daß man daraus besondere Aufschlüsse erhält.

a) Obs. Jur. Univ. obs. 257.

b) Princip. Jur. Can. §. 819. offenbar ist dies keine Adhäsion, sondern ein, sogar dem Gegen-

der Nothfristen anfordern. Was immer im Zwecke seiner Gesetzgebung lag, äußerte Justinian sehr deutlich; er wollte nur den Saz des ältern römischen Rechts abschaffen, daß bei einem gebrauchten Rechtsmittel das Urtheil gegen denjenigen, welcher kein Rechtsmittel ergriffen hatte als rechtskräftig angesehen wurde. Er macht also insoweit die Appellation zu einer gemeinschaftlichen Rechtswohlthat: dies, nicht mehr und nicht weniger, ist die Absicht und der Geist des Gesetzes.

XXXI.

2) Mehlen glaubt, diese Verordnung sey so allgemein abgefaßt, daß nach ihrem Sinne ohne Unterschied, ob das Urtheil mehrere Punkte enthalte, und ob alle oder nur einige Punkte angefochten worden, der Appellat befugt sei, seine Beschwerden auch über die nicht angefochtenen Punkte des Urtheils vorzubringen. Doch bemerkt er, daß nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauch die justinianische Verordnung eingeschränkt erklärt, und die Gemeinschaft der Appellation nur in so ferne angenommen wer-

stande nach selbstständiges Rechtsmittel, also eine wechselsweise Appellation (§. XXVI.).

de, als das Urtheil angefochten und seine Rechtskraft dadurch gehemmt worden; daß sich demnach die Gemeinschaft nicht auf diejenigen Punkte erstrekte, welche die Rechtskraft erhalten haben *a*).

Für diese Auslegung sprechen auch überwiegende Gründe. Gemeinschaft der Appellation sezt doch immer eine Appellation voraus, diese ist aber nicht vorhanden in Ansehung der Punkte, welche als unangefochten in die Rechtskraft übergiengen. Auch ist Justinians Gesez nicht so allgemein, als Mehlen glaubt. Justinian bedient sich zwar des unbestimmten Ausdrufs „liquid judicatis opponere maluerit“; allein man muß seinen Sinn aus dem ganzen Gesetze erklären, und da zeigt es sich bald, daß immer ein Urtheil vorausgesezt werde, dessen Rechtskraft durch ein Rechtsmittel gehemmt ist; man muß also auch bei einem aus mehreren Punkten bestehenden Erkenntnisse das Gesez nur auf die nicht rechtskräftigen Punkte anwenden.

u) Am a. O. §. 15. u. 16. man vergleiche noch Pütter a. a. O. S. 490. ff.

XXXII.

3) Die Zeit, wann die Gemeinschaft eintritt, oder vielmehr wann der Appellat auch seine Beschwerden gegen das Urtheil vorbringen und dessen Aufhebung fordern kann, bestimmt Justinian in den Worten: „Si appellator semel in judicium venerit“, und mit meisterhafter Kürze hat er uns einen großen Inbegriff von Rechtswahrheiten durch diese wenigen Worte vorgetragen. Bei den Römern war der Unterschied inter jus et judicium bedeutend, und bei Appellationen ward der Beschwerdenlibell (causae appellationis) erst da vorgebracht, wo der Oberrichter die Appellation angenommen, und zur Verhandlung der Sache beide Theile vorgeladen hatte; dies war in der Appellationsinstanz das judicium. Erst also hier konnte der Appellat, der kein Rechtsmittel ergriffen hatte, auch mit seinen Beschwerden hervortreten. Selbstständig war sein Recht nicht, die Abänderung des Urtheils zu fordern, es war vielmehr ganz von der Appellation seiners Gegners abhängig, so, daß wenn dieser, ehe beide Theile vor dem Oberrichter erschienen waren, darauf Verzicht leistete, oder sie desert werden ließ, oder, nach dem Gesetze zu reden: „si ap-

pellator in judicium non venerit“ die Bedingung hinwegfiel, auf welche das Recht des Appellaten vom Gesetze beschränkt war.

Der ältere deutsche Appellationsprozeß kam damit ganz überein. Die Bitte um Appellationsprozesse enthielt nur eine Rechtfertigung der Förmlichkeiten, der Beschwerdenlibell (causae appellationis) wurde erst nach erkannten Appellationsprozessen im ersten Termine judicialiter producirt *a*). Nun hat zwar der jüngste Reichsabschied *b*) befohlen, daß der Beschwerdenlibell sogleich mit der Bitte um Appellationsprozesse übergeben werde, dessen ungeachtet geht auch diese Handlung nur noch zwischen dem Appellanten und dem Richter vor, und ehe der Appellat erschienen ist, kann man ein judicium nicht als vorhanden sich denken, es kann demnach von der Gemeinschaft des Rechtsmittels auf allen Fall **vor erkannten Prozessen keine Frage** seyn *c*)

a) Pütter a. a. O. §. 24. S. 488.

b) § 67.

c) Pütter a. a. O. §. 15—17. S. 488. u. ff. Selbst Danz in den Grundsätzen des reichsg.

Zwar glaubt Mehlen d), sobald das Rechtsmittel bei dem Oberrichter eingeführt, und der Beschwerdenlibell überreicht ist, sey die Appellation gemeinschaftlich und der gegenwärtige Appellat könne auch seine Beschwerden gegen das Urtheil vortragen. Allein er ist bei dieser Meinung mit sich selbst im Widerspruch; denn vor erkannten Appellationsprozessen ist noch kein judicium vorhanden, und der Appellat kann, ehe er vorgeladen ist, gar nicht als gegenwärtig gedacht werden.

XXXIII.

4) Wenn aber auch alles dieses hinreichend beweiset, daß vor erkannten Appellationsprozessen, oder bei einem andern Rechtsmittel, z. B. der Restitution oder Revision vor dessen Annahme und Vorladung des Gegners die Wohlthat der Gemeinschaft des Rechtsmittels um da weniger eintreten können, als bis dahin selbst die Vorfrage, ob das Rechtsmittel gebraucht werden

Prozesses §. 335. giebt dieses zu, ob er gleich, wie ich nachher bemerken werde, in einem Punkte von Pütters Meinung abweicht.

d) A. a. O. §. 16.

könne, noch problematisch ist: so erschöpft doch dieses noch nicht alles, was zur Bestimmung der Zeit, wenn die Wohlthat der Gemeinschaft anfängt, zweifelhaft ist, denn noch bleibt die Frage übrig, ob diese Gemeinschaft schon durch Vorladung des Appellaten entstehe, oder ob sie erst nach gerichtlicher Reproduction der erkannten Prozesse wirksam werde?

Pütter [a]) behauptet das letzte, Danz [b]) das erste, und Mehlen, dessen Werk doch der Lehre von Rechtsmitteln eigends gewidmet ist, schweigt von dieser Frage gänzlich.

Bei der Appellation an die Reichsgerichte, wo sogar noch eine Nothfrist der Reproduction der erkannten Prozesse durch die Reichsgesetze [c]) begründet ist, hat Pütters Meinung unumstößliche Gründe für sich; denn noch kann die Ap-

a) a. a. O. §. 14—17. S. 488. ff. Desselb. Nov. Epitome §. 206.

b) Grundsz. des Reichsg. Proz. §. 335.

c) J. R. A. §. 58. Hanzely Anleit. Th. II. §. 1210.

pellation durch Verabsäumung des Reproductions-termins desert werden. Vor Einhaltung dieses Termins existirt also im Rechtssinne noch keine Appellation, von deren Wirkung der Gemeinschaft die Rede seyn könnte. Aber bei den übrigen Rechtsmitteln, welche das Reproductionsfatale nicht kennen, und in den deutschen Territorialgerichten, wo nach erkannten Appellationsprozessen das ganze Verfahren nach den Regeln des ordentlichen Prozesses abgemessen, und der Beschwerdenlibell zur Exceptionshandlung mitgetheilt wird, unterliegt die Frage noch immer erheblichen Zweifeln: wenigstens würde es schwer seyn, die alte und neue Gerichtsform zu vereinigen, und, ohne einen Zwang der Sache anzuthun, alle Bedenklichkeiten befriedigend zu heben.

Aus den Wirkungen der erkannten und insinuirten Ladung leitet Danz die Gemeinschaft der Rechtsmittel ab: man muß also von diesem Gesichtspunkt ausgehen, um der Sache auf den Grund zu kommen. Einer erkannten und insinuirten Ladung schreibt Danz *d*) nur die Wirkung der Rechtshängigkeit im uneigentlichen

d) Grundsf. des gem. Proz. §. 118. n. 1.

Sinne zu; die Rechtshängigkeit im eigentlichen Sinne leitet er erst aus der Kriegsbefestigung ab e), und bemerkt es nur als Folge der Rechtshängigkeit im engern Sinne, daß der Beklagte die Wiederklage oder der Appellat die Adhäsion verfolgen könne, wenn gleich nach der Kriegsbefestigung der Kläger seine Klage oder der Appellant sein Rechtsmittel wollte fahren lassen. Danz ist also seinen Grundsätzen nicht getreu geblieben. Indessen ist dadurch die Sache selbst noch nicht ins reine gebracht, man muß also Gründe aus der Natur der Sache selbst aufsuchen.

So lange der Beklagte auf die Klage noch nicht geantwortet hat, und dadurch bei Gericht nicht erschienen ist, existirt kein Rechtsstreit (judicium) im rechtlichen Sinne, welcher immer erst mit dem wirklichen Erscheinen beider Theile beginnt. Alles ist noch einseitige Handlung des Klägers oder dessen, welcher ein Rechtsmittel ergriffen hat; also hindert ihn nichts, sein Recht aufzugeben, und durch einen Verzicht auf die Ladung oder die erkannten Prozesse alles vor-

e) Ebendas. §. 38. num. 7.

hergehende ungeschehen zu machen. Der Beklagte hat noch keine Handlung vorgenommen, woraus er ein Recht gegen den Kläger ableiten könnte; seine Exceptionsschrift kann er nicht mehr einbringen, weil der Kläger auf die Folgen der Ladung Verzicht leistete, er kann demnach auch keine Widerklage anbringen, da diese mit der Antwort auf die Klage verbunden werden muß *f*). Das Recht auf Gemeinschaft des Rechtsmittels erlangt also der Appellat erst dadurch, daß nach erkannten Prozessen der Appellant es zu den eigentlichen Verhandlungen in der Appellationsinstanz kommen läßt; sobald aber dies geschehen ist, so tritt die Gemeinschaft als gesezliche Folge ein, und der Appellant kann durch einseitige Handlungen dem Appellaten sein nunmehr erworbenes Recht nicht mehr entziehen.

f) Siehe Reichshofr. in Justiz- und Gnadensachen Th. 3. S. 136., welcher jedoch in Rükficht auf die Widerklage die Sache übertreibt: da er nach bereits angestellter Widerklage vor der Einlassung auf dieselbe einem Verzichte des Klägers auf die Klage Wirkungen beilegt.

XXXIV.

5) Hoffmann *a*) und Mehlen *b*) behaupten, daß die Gemeinschaft der Appellation nach den Gesetzen von selbst Statt findet, und deshalb keine Erklärung des Appellaten nothwendig ist; darum unterscheidet der letzte von ihr die Adhäsion, welche in einer ausdrüklichen Erklärung besteht, daß man eben dasselbe Suspensivmittel, welches ein Anderer eingewandt hat, gebrauchen wolle. — Mehlen wird also, weil er von Einwendung spricht, darunter die sogenannte Principaladhäsion verstehen (§. XXVI.).

Abgerechnet die Abänderung solcher Punkte, welche zum Wesentlichen des Verfahrens gehören, folglich den Folgen eines Verzichts nicht unterworfen sind, und darum von mir aus dieser Lehre bereits oben (§ XXVIII.) ausgeschieden wurden, kann ich dieser Meinung nicht beipflichten; sie hat die Natur der Sache gegen sich (§. XXVII.), und streitet mit dem klaren Aus-

a) In der angef. Dissert. §. 58.

b) A. a. O. §. 19. auch Danz §. 414. stimmt zum Theil damit überein.

spruch des Gesetzes. Dasselbe macht einen Unterschied, ob der Appellat gegenwärtig war, oder nicht. War er gegenwärtig (si praesto fuerit), so stellt das Gesez es ganz seiner Willkühr anheim, ob er dem Urtheil etwas entgegensetzen will; und nur da, wo er dies wirklich thut, wird dem Richter die Macht ertheilt, das Urtheil zu seinem Vortheil abzuändern. Beide Sätze werden mit aller denkbaren Energie vorgetragen; die Worte: si quid judicatis opponere maluerit, drücken die Willkühr des Appellaten aus, ob auch er das Urtheil anfechten will oder nicht — die Worte: licentiam, zeigen, daß nur eine Erlaubniß, nur ein Recht gegeben wird, worauf man Verzicht leisten kann — die Worte: hoc facere, beweisen, daß die Macht des Richters, das Urtheil zum Vortheil des Appellaten abzuändern, bedingt ist, durch den Antrag des Appellaten auf Abänderung des Urtheils, und mit besonderer Energie wird diese Wahrheit vorgetragen, indem diese ungewöhnliche Hülfe des Richters als ein Preis der besondern Forderung in den Worten: hoc facere et judiciale mereri praesidium, erklärt wird Sonnenklar erklärt demnach das Gesez die Wirkungen der Gemeinschaft eines Rechts,

mittels bei einem anwesenden Appellaten c) als bedingt durch die Forderung desselben, daß auch zu seinem Vortheil das Urtheil abgeändert, daß auch seine Beschwerde gehoben werde.

Diese Erklärung oder Forderung macht die eigentliche Adhäsion aus, diese ist also von der Wohlthat der Gemeinschaft der Rechtsmittel unzertrennbar, sie ist von ihr eigentlich nicht verschieden, sondern nur die Bedingung, unter welcher die Wirkungen der Gemeinschaft bei einem vorliegenden Rechtsmittel in die Wirklichkeit übergehen können, die Unterlassung dieser ausdrüklichen Erklärung. — Adhäsion — muß als ein Verzicht angesehen werden, denn dadurch erklärt der Appellat in einer sehr concludenten Handlung, daß er mit dem Urtheil zufrieden sey, und er beschränkt sein Recht auf Bestätigung des Erkenntnisses. So wenig nun der Richter Rechte von Amtswegen anerkennen oder ultra petita partium sprechen darf d), so

c) D. h. bei einem, der selbst oder durch einen Anwalt seine Rechte mittelst der Antwort auf den Antrag seines Gegners vertheidigt.

d) Man sehe oben die Abh. XXVI.

wenig darf er von Amtswegen dem Appellaten Vortheile zusprechen, welche derselbe nicht in Anspruch nahm.

Auch die Rechtsanologie unterstützt diesen Saz. Derjenige, welcher das Rechtsmittel einwendet, wird angreifender Theil, und sein Gegner wird nach erkannten Prozessen als Beklagter bei den weitern Verhandlungen angesehen (§. XXV.). Fordert er zu seinem Vortheil eine Abänderung des Urtheils, so ist dies ein neuer Angriff, wobei er sich wider den Anspruch nicht blos vertheidigt, sondern selbst einen Anspruch macht. Der Fall ist demnach mit dem Falle einer Widerklage beinahe identisch. Da nun der Richter von Amtswegen eine Widerklage niemals suppliren darf, so steht ihm auch das Recht nicht zu, ein Urtheil zum Vortheil des Appellaten abzuändern, welcher es nicht verlangte.

XXXV.

Nur bei einem abwesenden Appellaten (sin autem absens fuerit) macht das Gesez eine Ausnahme, und erlaubt dem Richter, daß er dessen Stelle vertrete (eius partes adimplere). Allein sichtbar ist diese Bestimmuug eine Ausnah-

me, beschränkt auf den Fall der Abwesenheit, folglich über diesen genau vorgezeichneten Fall nicht auszudehnen. Ein Abwesender kann die Erklärung nicht machen, daß auch er eine Abänderung des Urtheils wolle, von seiner Seite kann die Unterlassung dieses Antrags nicht als ein Verzicht angesehen werden; es fällt also in die Augen, daß diese Verordnung keine Folge der römischen Formularjurisprudenz, sondern vielmehr auf sehr reine Rechtsgrundsätze gebaut ist, daß man den bekannten Rechtssaz: quae desunt advocatis partium, judex ex officio suppleat, hier so wenig in Anwendung bringen kann, als bei einer Widerklage, und daß nur bei Abwesenden unsere Gesetze die Bedingung einer ausdrüklichen Erklärung nachlassen.

XXXVI.

XI. So gut man sein Recht durch mehrere Klagen verfolgen kann, eben so gut läßt sich eine Häufung der Rechtsmittel denken. Werden sie über verschiedene trennbare Punkte eines Urtheils gehäuft, so sind sie schon durch ihren Zwek als getrennte und von einander unabhängige Rechtsstreitigkeiten zu betrachten, und es steht gar nichts im Wege, über einen Punkt das Devolutivmit-

tel der Appellation zu brauchen, und sich über den andern Punkt des nichtdevolutiven Mittels der Revision oder Restitution zu bedienen; es giebt sogar Fälle, wo dieses geschehen muß, wenn nämlich bei einem Punkte die Appellationssumme vorhanden ist, woran es beim andern mangelt. Soll aber die Häufung der Rechtsmittel den nämlichen Punkt eines Urtheils zum Gegenstande haben, so darf die Cumulation, wenn sie erlaubt seyn soll, keinen Widerspruch der zu häufenden Rechtsmittel in sich enthalten. Die Häufung selbst geschieht also entweder: 1) zur Auswahl (elective), wie in der Ungewißheit, ob die appellable Summe vorhanden ist, die Revision mit der Appellation sehr oft gehäuft wird; man bedient sich hier nur eines Mittels, und nennt blos zur Sicherheit beide denkbare Mittel, um sich unter ihnen das zulässige oder bequemere auswählen zu können. 2) Oder man häuft sie subsidiarisch (subordinate), damit man durch eines von beiden die Rechtsverletzung abwende: wie bei den Reichsgerichten die Restitution mit der Revision häufig verbunden wird. Es ist klar, daß jedes der beiden gehäuften Rechtsmittel als selbstständig zu betrachten ist, jedes geht seinen eignen Gang, und alle Fatalien jedes Rechts-

mittels müssen eingehalten werden; nur darf bei den auf diese Weise zu häufenden Rechtsmitteln kein Grund vorhanden seyn, weswegen eine Trennung der Rechtsmittel unerlaubt ist. Dies würde eintreten, wenn einer die Appellation mit der Restitution auf diese Weise cumuliren wollte, denn man darf nur den Appellationseid lesen, um sich zu überzeugen, daß auch die Nova, welche die Restitution bei dem vorigen Richter bewirken sollten, mit der Appellation schon zum Erkenntniß der Oberrichters devolvirt wurden. Erlaubt ist es hingegen, die Appellation mit der Nullitätsklage zu häufen, um durch eines oder das andere Mittel eine Abänderung des Urtheils zu erhalten *a*), und Pütter hat schon bemerkt, wie vortheilhaft diese Verbindung ist, damit das Urtheil, wenn auch die Nichtigkeitsklage dasselbe nicht umstossen, nun wenigstens durch die Appellation angefochten werden könne, deren Feierlichkeiten deshalb einzuhalten sind. 3) Die Rechtsmittel können auch zugleich (simultanee) geltend gemacht werden, welches die eigentliche Cumulation ausmacht, und dies ist erlaubt,

a) Pütter de querelae nullitatis et appellationis conjunctione §. 54 — 58. in seinen Opusc. S. 326.

wenn weder in Zweck, noch in Mitteln ein Widerspruch liegt [b]); nur darf man die Eigenschaften und Wirkungen eines Mittels mit den Erfordernissen und Folgen des andern nicht verwechseln. Gewöhnlich wird eine solche Verwechslung von den Parteien in Verbindung der Nichtigkeitsklage mit der Appellation begangen, um unter dem Vorwande der Appellation die eigentlich nicht begründete Suspensivkraft zu erschleichen, oder unter dem Vorwande der Nichtigkeitsklage die Desertion oder Nichtdevolution hinwegzuräumen, welche der Appellation entgegenstehen würde. Sehr gut wird aber ein scharfsehender Richter diese Maske durchdringen, wenn er nur prüft, ob eines der cumulirten Rechtsmittel allein begründet sey, und hat er auf diese Art jedes derselben geprüft, so kann er hiernach bestimmen, welches von ihnen ausschliessend rechtmäßig sey, wornach alsdenn das unbegründete Rechtsmittel zu verwerfen, und das begründete allein der Maasstab der eintretenden Wirkungen ist [c]).

b) Die Unschicklichkeit einer solchen Cumulation der Revision mit der Restitution habe ich in meinen Erörterungen S. 222. bewiesen.

c) Pütter a. a. O. §. 59. u. ff.

XXXVII.

XII. Verhindert werden Rechtsmittel A) durch einen Verzicht; B) durch den Verlauf der Zeit, innerhalb wessen ein Rechtsmittel gebraucht werden muß; C) durch freiwillige Hebung der Beschwerde; D) durch den unbeerbten Tod desjenigen, der sich eines Rechtsmittels bediente *a*). Ich will zur Vollständigkeit der Lehre von Rechtsmitteln auch diesen Gegenstand nach seinen einzelnen Theilen erörtern.

XXXVIII.

A. Rechtsmittel gehören zur Vertheidigung solcher Rechte, welche zu den veräusserlichen gezählt werden müssen, es ist daher gar nicht zu verwundern, wenn die Gesetze nicht nur allein Verzichte auf Rechtsmittel für wirksam erklären *a*), sondern auch in vielen Verordnungen von der Idee eines Verzichtes ausgehen.

a) Martin Lehrbuch des deutschen gemeinen Prozesses §. 205.

a) Unter dem Kaiser Valentinian war ein Verzicht auf die einmal eingelegte Appellation unerlaubt; unter dem Kaiser Honorius wurde ein Verzicht innerhalb dreier Tage nach eingelegter Appellation zugelassen; Justinian er-

Der Verzicht selbst kann ausdrüklich oder stillschweigend, vor dem Daseyn der Beschwerde oder nachher, vor oder nach eingewandtem Rechtsmittel, allgemein auf alle Rechtsmittel oder speciell auf besondere Rechtsmittel geschehen. Wie dieses aber immer sey, so leuchtet es von selbst ein, daß dem Verzicht von Seiten der verzichtleistenden Person, des Gegenstandes und der Gewißheit der Einwilligung nichts Erhebliches entgegenstehen darf, und daß derselbe, auch seine Gültigkeit voraus, gesezt, 1) wie eine jede Veräusserung einschränkend ausgelegt werden muß; also nur von den im Verzichte ausgedrükten Rechtsmitteln und immer nur auf die dem Verzichtenden am wenigsten schädliche Weise verstanden werden könne. 2) Daß er sich in der Regel nur auf die ordentlichen Rechtsmittel erstrecke, und einen ganz besondern Grund voraussetze, wenn man unter ihm auch ausserordentliche Rechtsmittel begreifen will. 3) Daß der Verzicht als Vertrag betrachtet

laubte ihn unbedingt, und das canonische Recht stimmt damit überein. Man sehe L. 28. C de appellat. cap. 70 X. und cap. 1. 4. 6. de appellat. in 6. Vergl. G. L. Böhmer de appellat. interpos. renunciat §. 5—8. in seinen Elect. Jur. Civ. Tom. I. S. 413. ff.

nur unter den Parteien Rechte hervorbringt, und den Verzichtleistenden nicht hindert, simple Beschwerden gegen den Richter und unter diesen besonders die Syndicatsklage anzustellen.

XXXIX.

1) Der ausdrükliche Verzicht kann nach erfolgtem Urtheil geschehen; es läßt sich aber auch denken, daß jemand überhaupt, ehe noch ein Prozeß existirt, und ehe ihm eine Beschwerde zugefügt war, einem erst künftig einzuwendenden Rechtsmittel entsagt. Im ersten Fall ist die Entsagung allerdings gültig, denn der Verzichtleistende kennt nun die Beschwerde, kennt die Mittel, wodurch er sie abwenden könnte, er hat also Wissenschaft von seinen Rechten und den Willen, sie aufzugeben, folglich ist seine Handlung allenthalben von rechtlichen Folgen um so mehr, als ein Zwang zur Verfolgung seines Rechts nicht gedacht werden kann. Nur kömmt bei Interpretation dieses Verzichts sehr viel darauf an: ob vor oder nach bereits ergriffenem Rechtsmittel der Verzicht geleistet wird. Leistet man denselben vor Ergreifung eines Rechtsmittel, so sind in ihm nur die ordentlichen Rechtsmittel begriffen, und er wird auf die ausserordentlichen

nicht ausgedehnt. Hat man aber nach ergriffenem Rechtsmittel Verzicht geleistet, so ist derselbe von eben diesem Rechtsmittel zu verstehen, und da kann er auch seine Wirkungen bei ausserordentlichen Rechtsmitteln äussern, wenn das Verzichtete in diese Classe gehörte. Doch muß auch hier eine einschränkende Erklärung eintreten, nach welcher ein Verzicht auf ein ausserordentliches Mittel z. B. die Restitution nicht das andere, z. B. die Nichtigkeitsklage in sich faßt, ja sogar der Verzicht nur auf die Merkmale und Gründe beschränkt ist, auf welche ein Rechtsmittel gebaut wurde, daher nur über die vor dem Verzichte angeführte Nova bei der Restitution und nur auf die zum Grunde genommenen Nullitäten bei der Nichtigkeitsklage sich erstrekt.

Nicht so unbestritten ist die Gültigkeit eines vor dem Urtheil, also vor zugefügter Beschwerde geleisteten Verzichts. Mehlen a) tritt der Meinung vieler von ihm angeführten Rechtslehrer bei, nach welcher der vorhergehende Verzicht unwirksam ist, weil der Ver-

a) A. a. O. §. 30.

zichtende die Beschwerden nicht kannte, welche ihm erst künftig zugefügt werden sollen. Mit besserm Grunde hingegen erklärt ihn Hommel *b*) für gültig, da die Gesetze in einigen Stellen der Pandekten *c*) und des Codex *d*) demselben so deutlich eine verbindliche Kraft beilegen, daß sie gar keinen Zweifel zurüklassen, und von selbst die aus allgemeinen Sätzen entlehnten Einwürfe widerlegen. Die Wirkungen eines solchen vorhergehenden Verzichts lassen sich nach den bisher angeführten Grundsätzen leicht dahin bestimmen, daß derselbe in der Regel nur von den ordentlichen Rechtsmitteln zu verstehen sey, und auf die ausserordentlichen sich keines-

b) Rhapsod. quaest. for. obs. 379.

c) L. 1. §. 3. D. a quib. appell. non licet. „Si „quis ante sententiam professus fuerit, se a „judice non provocaturum, indubitate provo„candi auxilium perdidit.“

d) L. ult. §. 6. C. de tempor. et reparat. „Sin „autem partes inter se scriptura interveniente „paciscendum esse crediderint, nemini parti „licere ad provocationis auxilium pervenire, „vel ullum fatale observare: eorum pactionem „firmam esse censemus.“

weges erstrecke, wie denn das römische Recht bei den Wirkungen desselben nur von dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation spricht.

XL.

Ob ein specieller Verzicht auf ausserordentliche Rechtsmittel, wenn er früher, als sie begründet sind, also vor aufgefundenen neuen Umständen, oder vor begangenen Nichtigkeiten geleistet wird, gültig sey, kann man darum für zweifelhaft ansehen, weil die Gesetze des römischen Rechts, welche im vorigen Paragraph angeführt wurden, nur vom ordentlichen Rechtsmittel der Appellation sprechen, also bei ausserordentlichen Mitteln keine Anwendung finden. Allein da einmal ein nachfolgender Verzicht wirksam ist, so läßt sich wohl kein befriedigender Grund angeben, warum ein vorhergehender Verzicht unkräftig seyn sollte, da wir kein Gesez haben, welches ihn für ungültig erklärte, und vielmehr der Schluß von Gültigkeit des vorhergehenden Verzichts auf ordentliche Mittel, auch auf den Verzicht ausserordentlicher Mittel, sobald an der Gewißheit des Consenses nicht zu zweifeln ist, vollkommen bindet; denn im Gesetze liegt nun einmal der allgemeine Satz:

ein vorhergehender Verzicht auf Rechtsmittel ist gültig, nur muß die Einwilligung des Verzichtleistenden wirklich vorhanden seyn, damit er bei jedem concreten Falle in Thätigkeit übergehe. Bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand läßt sich auch an der Wirksamkeit des Verzichts nicht zweifeln, denn er ist im Grunde nichts anders, als ein Transact, worin der Verzichtende sein Recht nur von den Merkmalen abhängig macht, welche er dem Richter in den ersten Verhandlungen vorlegte: ein Transact, der um so mehr für gültig geachtet werden muß, je bekannter die gesezliche Verordnung ist, daß Transacte wegen neu aufgefundener Urkunden nicht rescindirt werden *a*). Hingegen ist die Gültigkeit eines auch auf Nullitäten geleisteten speciellen Verzichts größern Bedenklichkeiten ausgesezt. Eine an sich nichtige Handlung kann durch einen Verzicht nicht gültig werden, und den Mangel wesentlicher Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens ergänzt kein Verzicht. Allein der Zweifel verschwindet, sobald man sich Gegenstände hinzudenkt, welche veräusserliche Rechte betreffen,

a) L. 19. C. de transact.

denn eben weil sie veräusserlich sind, kann man sie unbedingt, also noch leichter unter der Bedingung eines richterlichen Ausspruchs veräußern, welchen man als unabänderliche Norm im voraus anerkennt, und auf die Befugniß Verzicht leistet, seine Rechtmäßigkeit einer Prüfung zu unterwerfen. So wird die an sich nichtige Handlung zwar nicht verändert, aber doch aus freiwilligem Anerkennen ein Maasstab der Rechte, woran um so weniger zu zweifeln ist, da man ja niemals verbunden ist, eine Nichtigkeitsklage anzustellen. Nur scheint es, daß unter dem Verzichte nicht diejenigen Nullitäten begriffen seyen, welches aus einem absolut verbindenden, gebietenden oder verbietenden Gesetze entspringen, da diese allen Spielraum der Willkühr, also auch alle Folgen eines Verzichts ausschließen.

XLI.

3) Der stillschweigende Verzicht, welcher durch Handlungen an den Tag gelegt wird, läßt sich wohl nur nach verkündetem Urtheil, also nach vorhandener Beschwerde denken, und kann nicht wohl ein vorhergehender seyn, man wollte denn hierunter einen Verzicht sich denken, wel-

cher in andere Worte oder Clauseln eingehüllt ist, der aber doch immer durch Worte erklärt, also ein ausdrüklicher seyn würde. Auch allgemein kann er nicht seyn, denn nach der bei Verzichten geltenden einschränkenden Interpretation wird man nicht leicht eine Handlung auffinden, wobei man auf alle, auch die ausserordentlichen Rechtsmittel verzichtet hätte. Indessen kann bei ordentlichen sowohl als ausserordentlichen Rechtsmitteln der stillschweigende Verzicht seine Wirkungen äussern, nur gilt die Regel: daß der Verzicht auf ein Rechtsmittel keinen Verzicht auf die andern in sich schließt, und wer sogar die Erklärung macht, daß er sich das Urtheil gefallen lasse, wer das Abgeurtheilte zahlt, oder zur Zahlung einen Termin sucht, der hat wohl dadurch sein Recht auf den Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel verlohren. Aber wenn man auch das Recht zu ausserordentlichen Rechtsmitteln für erloschen ansehen will, so muß noch ein anderer besonderer Grund hinzutreten. Dieser kann enthalten seyn entweder darin, daß nach schon gebrauchtem ausserordentlichen Rechtsmittel eine Handlung vorgenommen wird, welche demselben geradehin widerspricht; oder daß man sein Recht zu einem ausserordentlichen Rechts-

mittel kennt, und dennoch eine, dasselbe zerstörende, Handlung z. B. die Zahlung unternimmt, denn man steht in diesem Fall ganz in derselben Lage, daß man wissentlich etwas zahlt, was man nicht schuldig ist, man kann also so wenig mehr ein Rechtsmittel brauchen, als derjenige condictionem indebiti anstellen kann, der wissentlich ein Indebitum zahlte.

Wenn aber die Handlungen als ein Verzicht auf ein Rechtsmittel angesehen werden sollen, so muß aus ihnen der Verzicht als eine nothwendige Folge hervorgehen, und das geschieht: wenn die Handlung mit dem Gebrauche eines Rechtsmittels schlechterdings nicht bestehen kann. So lange daher die Handlung und ihr Einfluß auf das Rechtsmittel zweifelhaft ist, oder mit ihr die Verfolgung des Rechtsmittels bestehen kann, so lange darf man einen Verzicht nicht annehmen *a*). Ich will der Vollständigkeit wegen die wichtigsten Handlungen, wobei von einem stillschweigenden Verzichte die Rede seyn kann, herausheben, und bemerke nur, daß

a) G. L. Böhmer de appellat. interpositae renunciatione §. 9. in dessen Elect. Jur. Civ. Tom. I. S. 418.

zwar am häufigsten bei dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation diese Grundsätze in Anwendung kommen, daß aber ihr Grund allgemein ist, und sich auch auf ausserordentliche Rechtsmittel erstrekt.

XLII.

a) Erfüllung dessen, was das Urtheil fordert, ist wohl die concludenteste Handlung, die man sich denken kann, und durch sie wird in der Regel ein Verzicht auf Rechtsmittel, aber doch nicht ohne alle Einschränkung, geleistet.

Wer den ihm auferlegten Beweis antritt, oder hiezu eine Fristverlängerung nachsucht; wer das Abgeurtheilte zahlt, oder um einen weitern Zahlungstermin bittet *a*), wer verurtheilt zur Naturalrestitution um Erlaubniß bittet, den Werth der Sache zu ersetzen, wer nach einem ergangenen possessorischen Erkenntnisse den Weg des Petitoriums angeht, hat in der Regel Verzicht auf Rechtsmittel geleistet. Allein es muß schon überhaupt in der Bestimmung der Wirkungen unterschieden werden, ob ein Rechtsmittel eingewendet war oder nicht. Im ersten Falle er-

a) L. 5. C. de re Jud.

strekt sich dieser Verzicht nicht nur auf die ordentlichen Rechtsmittel unbedingt *b*), sondern auch auf das ausserordentliche Rechtsmittel, welches der Verzichtende eingewendet hatte. Im lezten Falle gehen durch den Verzicht nur die ordentlichen aber keinesweges die ausserordentlichen Rechtsmittel verlohren, wenn nicht wegen der Wissenschaft dieser Partei sie als wissentlich Indebitum zahlend betrachtet werden muß, wovon schon im vorigen Paragraph gehandelt wurde.

Nebst diesem aber muß man auf die Verhältnisse sehen, unter welchen die Handlung, aus der man den Verzicht ableiten will, vorgenommen wurde. Denn zuweilen kann sogar die Erfüllung des Urtheils mit einem Rechtsmittel bestehen, und da ist es denn sehr einleuchtend, daß aus ihr kein Verzicht auf das Rechtsmittel abgeleitet werden kann. Denke man sich einen Fall, bei welchem nach den Verhältnissen des Streitgegenstandes oder nach der Natur der eingetretenen Prozeßart das Rechtsmittel die Suspensivwirkung nicht hat, so erkennt der streitende Theil, wel-

b) Der angef. L. 5. C. de re jud. und L. 3. C. quommodo et quando jud. sent. prof. deb.

cher zur Erfüllung des Erkenntnisses eine Handlung unternimmt, nicht mehr, als daß ein Rechtsmittel hier keine Suspensivkraft habe, keineswegs aber liegt darin ein Verzicht auf Rechtsmittel; indessen ist es ihm anzurathen, diese Handlung nur unter einer Protestation, mit einem Vorbehalt der Rechtsmittel zu begehen, und hierdurch allen nachtheiligen Auslegungen seiner Handlung vorzubeugen. Diese Protestation, so wenig sie für den wirklichen Gebrauch eines Rechtsmittels zu achten ist, und so wenig sie bei unzweideutigen Handlungen einen Nutzen hat, erzeugt hier, wo die Handlung eine verschiedene Auslegung des Willens zuläßt, offenbar den Vortheil, daß aus der Handlung auf einen Verzicht der Rechtsmittel nicht geschlossen werden darf.

XLIII.

b) Ausführlicher hat schon Böhmer *a*) die Frage untersucht, ob der Rükgang zu dem vorigen Richter einen Verzicht auf die Appellation enthalte. Nur muß diese Frage allgemeiner auf alle Devolutivmittel gestellt werden,

a) a. a. O. §. 10.

denn der Grund eines Verzichts begreift sie offenbar alle in sich.

Der Rüktritt zum vorigen Richter, allein betrachtet, kann für einen Verzicht nicht angenommen werden, sondern man muß die Handlung prüfen, welche bei ihm vorgenommen wurde, und nach den allgemeinen Grundsätzen die Frage dahin beantworten: daß nur dann in ihm ein Verzicht liege, wenn die Handlung so beschaffen war, daß sie mit dem eingewandten Rechtsmittel in einem Widerspruch steht. Schon Mevius *b*) hat sehr schön bemerkt, daß es in Beurtheilung dieses stillschweigenden Verzichts auf zwei Punkte ankomme: einmal daß in der nämlichen Sache, worin ein devolutives Rechtsmittel ergriffen wurde, man sich an den Richter voriger Instanz wende, und dann, daß man vom Unterrichter etwas verlange, was man nur von der Jurisdiction des Oberrichters erwarten durfte. Daher stellt der angeführte Böhmer zwei Regeln auf: Erstens, wer vom vorigen Richter eine Handlung begehrt, die nur kraft der durch ein devolutives Rechtsmittel

b) Decis. Part. I. Dec. 248.

suspendirten Gerichtsbarkeit vorgenommen werden kann, thut einen Schritt, welcher mit dem devolutiven Rechtsmittel in einem Widerspruche steht, oder von welchem das Nichtdasein eines devolutiven Rechtsmittels die Bedingung ist, in demselben liegt also ein stillschweigender Verzicht auf das Rechtsmittel. Dieses ist in einem so hohen Grade wahr, daß nach einer bestimmten Verordnung des kanonischen Rechts c) nicht einmal eine Protestation: daß man sein Rechtsmittel nicht aufgeben wolle, die Wirkungen des Verzichts zu hindern im Stande ist. — Zweitens: wer nach ergriffenem devolutiven Rechtsmittel in solchen Punkten Anträge an den vorigen Richter stellt, welchen seine Gerichtsbarkeit nicht suspendirt ist, oder welche, dem Rechtsmittel unbeschadet, bei ihm erledigt werden können, unternimmt keine Handluug, welche den Verzicht auf das Rechtsmittel als Bedingung voraussezt, sie kann also auch für einen Verzicht

c) Cap. 54. X. de appellat. „Et si verbo vel facto appellationem se velle prosequi protestetur, non est, tanquam adversa petens et sibi contrarius, erudiendus.“ Der Grund des Gesetzes ist so allgemein, daß diese Verordnung auf alle devolutive Rechtsmittel angewendet werden muß.

nicht angesehen werden. Abhülfe gegen Attentate, Bitten um Schuz im Besitze gegen Stöhrungen bringt Böhmer in diese Classe. Eben so ist es, wenn er ein ausserordentliches Zeugenverhör bei dem gravirenden Richter begehrt, weil er dieses Gesuch bei jedem andern Richter hätte anbringen können, also darin kein Widerspruch mit dem ergriffenen Rechtsmittel enthalten ist *d*)

XLIV.

c) Insbesondere streitet man darüber, ob ein Rükfritt zum vorigen Richter mit einer Bitte um Abstellung der Beschwerde (imploratio pro removendo gravamine) einen stillschweigenden Verzicht auf das Devolutivmittel enthalte? Viele Rechtslehrer behaupten, daß daraus kein Verzicht folge, „tendit" sagt Mevius *a*), „comparitio pro gravaminis revocatione impetranda ad eundem finem, ad quem collimat appellatio, ideo huic contraria vel derogatoria non est". Allein soweit bei einem Devolutivmittel die Gerichtsbarkeit des vorigen

d) Mevius Part. II. Dec. 76. Part. VII. Dec. 93.

a) Part. VII. Dec. 93. in der 13. Anmerk.

Richters suspendirt ist, soweit steht eine Handlung, worin man die Gerichtsbarkeit desselben anerkennt, mit dem Devolutivmittel im Widerspruch, wenn auch die Handlung mit dem Rechtsmittel einerlei Zweck hat; diese Meinung beruht folglich sichtbar auf einem unrichtigen Grunde.

Weit richtiger macht Böhmer *b*) einen Unterschied: ob ein Rechtsmittel gegen ein simples Interlocut oder ob es gegen ein definitives und demselben gleichkommendes Urtheil ergriffen war. Im ersten Fall kann der Richter auch nach eingewandtem Rechtsmittel die Beschwerde noch selbst heben, und seine Gerichtsbarkeit wird nicht eher suspendirt, bis der Oberrichter eine Inhibition erkannt hat *c*); folglich kann der Appellant vor erkannter Inhibition vom Unterrichter dasjenige begehren, was von seiner Gerichtsbarkeit auch nach eingewandtem Rechtsmittel abhängt; es ist also daraus sichtbar, daß in dieser Handlung von keiner Seite ein Verzicht auf die Appellation liege, denn die Handlung

b) a. a. O. §. 11.

c) Cap. 60. X. de appell. cap. 10. de appell. in 6.

an sich steht mit der Appellation nach ihrem Zwecke in keinem Widerspruch, und die Gerichtsbarkeit des vorigen Richters wird durch sie nicht erst anerkannt, da sie durch die Appellatioion nicht suspendirt war. Im zweiten Falle hingegen stände zwar die Handlung nach ihrem Zwecke mit dem Rechtsmittel nicht im Widerspruch, da aber durch die Bitte um Abstellung der Beschwerde die wegen der gebrauchten Rechtsmittel suspendirte Gerichtsbarkeit des Unterrichters anerkannt würde, so kann gar nicht in Abrede gestellt werden, daß diese Bitte einen Verzicht auf das Rechtsmittel enthält.

LXV.

B. Um den Mißbrauch der Rechtsmittel zu hindern, und der Ungewißheit der Rechte zu steuern, haben die Gesetze ihren Gebrauch von einer bestimmten Zeit, von Formalitäten verschiedener Art, welche auch innerhalb eines gewissen Zeitraums vorgenommen werden müssen, abhängig gemacht, unter dem Rechtsnachtheil, daß die Verabsäumung dieses Zeitpunktes Verlust des Rechtsmittels zur Folge hat. Insoweit, als Verzicht der Grund aller nachtheiligen Folgen ist, welche aus verabsäumten gerichtli-

chen Handlungen entstehen *a*), leitet Bonifaz *b*) mit Recht auch bei verabsäumten Nothfristen den Verlust des Rechtsmittels aus einem Verzichte ab, und es ist sehr gleichgültig, ob man den Verzicht einen stillschweigenden (tacita) oder einen erdichteten (ficta) nennt *c*), denn das Rechtsmittel geht bei einem, wie bei dem andern verloren. Uebrigens muß der Zeitraum der besondern Erörterung bei einem jeden einzelnen Rechtsmittel vorbehalten werden.

LXVI.

C Rechtsmittel sind ohne Verletzung nicht denkbar, denn nur diese abzuwenden, kann ihr Zweck seyn; wird demnach diese vor oder nach eingewandtem Rechtsmittel gehoben, so fällt dasselbe hinweg; so wie die Klage von selbst aufhört, wenn dem Kläger dasjenige freiwillig geleistet wird, was er fordert. Freiwillig kann die Verletzung gehoben werden vom Richter oder

a) Mein Handb. B. I. S. 406.

b) Cap. 6. de appell. in 6. „alias praesumitur „appellationi suae renunciare appellans.“

c) Böhmer a. a. O. §. 12. nennt es renunciatio ficta.

vom Gegentheil, und in jedem dieser beiden Fälle treten eigene Rechtsverhältnisse ein, welche nur durch eine Absonderung richtig auseinander gesezt werden können.

LXVII.

1) Der Richter, welcher die Beschwerde ohne weiters heben soll, kann bei einem Devolutivmittel der obere Richter seyn, oder derjenige Richter, welcher das vorige Urtheil fällte. Der obere Richter erläßt nicht selten die bekannten Ordinationen, wodurch er da, wo er die Beschwerde für gegründet erkennt, und in einer Verfügung, wodurch sie sogleich gehoben wird, ein Mittel sieht, ein sonst weitaussehendes Verfahren in der höhern Instanz abzuschneiden, den Beschwerden sogleich abhilft, und dadurch den Streit über ein Rechtsmittel in seiner Geburt erstickt, — ein sehr zweckmäßiges Mittel, wenn es mit Vorsicht gebraucht, und besonders auf den Appellaten Rüksicht genommen wird, welcher doch auch die Wohlthat des neuen Vorbringens genießet, und fordern kann, daß auch er nicht ungehört verurtheilt, das vorige Urtheil, nicht ohne seine Rechtsvertheidigung gehört zu haben, abgeändert werde. —

Ich will mir es vorbehalten, über Ordinationen in einer besondern Abhandlung zu sprechen. — Da dem Oberrichter das Erkenntniß über die Rechtsmittel zukömmt, so steht seiner Gewalt, solche Ordinationen zu machen, an sich nichts im Wege.

Was den vorigen Richter angeht, von welchem das durch ein Rechtsmittel angefochtene Urtheil herkömmt, so muß der Umstand, daß seine Gerichtsbarkeit durch ein devolutives Rechtsmittel suspendirt ist, den Saz zur Regel machen: daß er durch eine Abänderung seines verkündeten Urtheils die Beschwerde nicht mehr heben kann, ein Saz, welchen auch das römische Recht *a*) bei dem definitiv, oder den ihnen gleichkommenden Urtheilen zur ausdrüklichen Norm macht.

XLVIII.

Indessen nehmen doch unsere Gesetze von dieser Regel einige Ausnahmen an, welche hier nicht mit Stillschweigen zu übergehen sind.

a) L. 55. und 62. D. de judiciis. L. 1. C. sententiam rescindi non posse.

α) Wenn der Richter eine Verordnung in Ansehung der Nebenpunkte, z. B. der Zinsen, Schäden, Früchte, Kosten dem Urtheil einzurücken vergessen hat, worüber jedoch die Bestimmung aus der Hauptentscheidung fließt, so kann der Richter den Fehler noch am Tage des verkündeten Urtheils verbessern *a*), ohne Unterschied, ob er um diese Verbesserung von den Parteien ersucht war oder nicht.

β) Verbesserung eines Rechnungsfehlers ist niemals eine Abänderung des Urtheils, die Gesetze dehnen auch auf ihn die Folgen der Rechtskraft nicht aus *b*), und ein eingewandtes Rechtsmittel suspendirt hierin die Gewalt des Unterrichters nicht; es leidet daher keinen Zweifel, daß derselbe, wenn er durch eine Verbesserung des Rechnungsfehlers die Beschwerde heben kann, dazu immer berechtiget sey.

γ) Appellationen von einfachen Beurtheilen suspendiren die Gerichtsbarkeit des Unterrich-

a) L. 42. D. de re judicata. Estor gem. und Reichsproz. §. 937.

b) L. 1. §. 1. D. quae sententiae sine appellatione rescindantur.

ters nicht, wie im vorhergehenden (§. XLIII.) angeführt wurde, vielmehr sind die Eigenheiten der Rechtsmittel gegen solche Interlocute darauf berechnet, daß der vorige Richter die Beschwerde selbst heben und dadurch allen Weitläufigkeiten vorbeugen kann; denn nur aus diesem Grunde müssen die einzelnen Beschwerden bei der Interposition namentlich aufgezählt werden *c*. So lange daher vom Oberrichter noch keine Inhibition erkannt ist, kann der Unterrichter die aus solchen Urtheilen entstandenen Beschwerden selbst heben, und hierdurch den Grund des Rechtsmittels, folglich das Rechtsmittel selbst beseitigen.

XLIX.

d) Eine besondere Erörterung verdient die Hebung der Beschwerde, welche vom Richter der vorigen Instanz durch eine Erklärung des Urtheils (declaratio sententiae) geschieht. Daß sie bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finde, wo Statt der gebetenen Restitution eine Declaration des Urtheils ertheilt wird, ist unter den Rechtslehrern

c) Cap. 49. X. de appell. Clem. V. de appellat. Danz ordentl. Proz. §. 418.

anerkannt, und von Gatzert *a*) durch Beispiele der beiden höchsten Reichsgerichte sehr schön erläutert worden; nur widerspricht er Pütters Behauptung, daß im Allgemeinen bei allen Rechtsmitteln der Richter Statt des Rechtsmittels eine Erklärung des Urtheils von Amtswegen geben könne *b*). Allein sogar nach dem reichsgerichtlichen Prozesse ist Gatzerts Einschränkung unrichtig, denn ich fand, daß der kaiserliche Reichshofrath am 4. November 1776. auf eine in Sache Nürnberg contra Brandenburg Onolz- und Culmbach gegen ein paritorisches Erkenntniß übergebene eventuelle Einwendung der Revision und damit verbundene Bitte um Erklärung des Urtheils, zuerst eine Erklärung des Urtheils unter der bekannten Form gab, und darauf das Exhibitum wegen eingewandter Revision in Prüfung nahm *c*). Eben so starke Grün-

a) Progr. de restitutionis in integrum effectu nonnunquam declaratorio in supremis imperii judiciis. Giffae 1780. 4. Vergl. *Cramer* Syst. Proc. Imp. § 1498. Berg Grundriß der reichsger. Verfass. und Praxis. §. 344.

b) Pütter Conspect. rei jud. Imperii. S. 131 und 305. Desselb. Introductio in rem jud. Imp. §. 448. und Nova Epit. §. 233.

c) Bei Hanzely Grundriß Th. III. Abth. 2. unter den Beilagen S. 7.

de bietet uns der gemeine Prozeß dafür an, daß bei allen, auch devolutiven Rechtsmitteln der vorige Richter sein Urtheil erklären, und hierdurch mit Hebung der Beschwerde das Rechtsmittel selbst unterdrücken könne.

Man kann nach dem gemeinen Prozesse mit einer eventuellen Einwendung der Appellation eine Bitte um Erläuterung des Urtheils verbinden d), und die eventuelle Interposition eines Rechtsmittels hindert den Richter erster Instanz nicht, auch nach dem Verlaufe der zehen Tage eine solche Declaration zu geben, durch welche das Rechtsmittel beseitiget ist. Es wird mit diesem Satze anerkannt, daß die Gerichtsbarkeit des vorigen Richters insoweit, als blos von Erläuterung des Urtheils die Rede ist, für suspendirt nicht geachtet werden könne. Wenn er nun wahrnimmt, daß eine Partei blos aus Mißverstand ein Rechtsmittel ergriffen und ihre Beschwerde in einem Sinne des Urtheils gefunden habe, welcher nicht in der Absicht des urtheilenden Richters lag, was soll ihn hindern, den Mißverstand zu heben,

d) Danz §. 439.

und durch eine Erläuterung des Urtheils alle Weitläufigkeiten des Verfahrens in zweiter Instanz abzuschneiden? Nur darf er hiebei die Gränzen der Interpretation nicht überschreiten, und unter dem Vorwand einer Erläuterung nichts vom vorigen Urtheil abändern oder demselben beisetzen.

Ob die gegebene Erklärung des Urtheils die Beschwerde hebe, darüber darf freilich der Unterrichter nicht erkennen, der Appellant kann es immer darauf wagen, und sein Rechtsmittel bei dem Oberrichter fortsetzen. Allein er darf in Ausführung seiner Beschwerde sich auf das Urtheil ohne dessen Erläuterung nicht einschränken, sondern er muß das Urtheil mit seiner Declaration vorlegen, und es sich selbst zuschreiben, wenn der Oberrichter durch die Declaration die Beschwerde für gehoben ansieht, und den Appellanten als einen muthwilligen Appellanten behandelt.

L.

Einige Beispiele sollen diesen wichtigen Gegenstand besser in das Licht setzen. — Bei einem possessorischen Streite hätte der Richter den

Imploraten verurtheilt, ohne ihm das possessorium ordinarium und petitorium ausdrüklich vorzubehalten; — oder der Richter hätte bei einer Executivklage Einreden, denen es an liquiden Beweisen mangelte, verworfen, ohne sie der besondern Ausführung vorzubehalten, — und der unterliegende Theil hätte in der Unterlassung eines ausdrüklichen Vorbehalts eine Beschwerde und den Anlaß zur Einlegung der Appellation gefunden; — sollte wohl ein Grund denkbar seyn, welcher den Unterrichter behinderte, von Amtswegen das Mißverständniß zu heben, und zu erklären, daß sich der Vorbehalt von selbst verstehe? Noch ein schöneres Beispiel bietet mir ein Rechtsfall bei Pütter a) an. In einem Vertrage waren Zinsen von einem Vorschuß zu Handelsgeschäften bedungen, das Urtheil war in den allgemeinen Ausdrücken abgefaßt: daß die Beklagten „in Conformität „des errichteten Contracts“ verurtheilt werden, von den Zinsen war also keine ausdrükliche Meldung im Urtheil ersichtlich. Wäre nun der Gläubiger von der Idee ausgegangen, daß die Zinsen stillschweigend aberkannt seyen, wenn sie nicht zugesprochen worden, hätte er darauf

a) Rechtsfälle Band II. Th. 4. S. 1092.

sein Rechtsmittel gebaut, so hätte der Richter erster Instanz ihm seinen Irrthum benehmen, und sagen können: daß durch das „in Conformität des Contracts“ ergangene verdammende Urtheil alles enthalten, wozu der Schuldner aus dem Contracte verbunden sey, also auch die in ihm bestimmten Zinsen; der Gläubiger also, wie sichs von selbst verstehe, berechtiget sey, sie bei der Liquidation dessen, was er aus dem Contracte zu fordern habe, selbst nach dem Sinne des Urtheils in Ansaz zu bringen.

LI.

Gazert macht einen Einwurf, den ich nicht nur allein, um meine Meinung zu bestärken, sondern auch um seine Meinung vom Gebrauche der Declaration bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu berichtigen, näher beleuchten muß. Wo er gegen Pütter den Gebrauch der Erklärung bei andern Rechtsmitteln läugnet, führt er den Grund in folgenden Worten an: „Ast equidem potius censucrim, quum nova argumenta prolata declarationi, de qua loquimur, ansam demum praebuisse putanda sint, in aliis autem remediis novorum non habeatur

„ratio, effectum declaratorium soli Restitu-
„tioni merito tantum attribui debere a)

Sichtbar vermengt dieser Gelehrte Anlaß (anfa) und Rechtsgrund (ratio) der Erläuterung, und dadurch hat er den Gebrauch derselben selbst bei dem Rechtsmittel der Restitution entstellt. Den Anlaß zur Declaration mag immer das Vorbringen bei dem Gesuche um Restitution geben, aber niemals können die vorgebrachten Nova der rechtliche Grund der Erläuterung des Urtheils seyn; denn sollte er in dem neuen Vorbringen liegen, so müßte er eine Abänderung des vorigen Erkenntnisses zur Folge haben, wie könnte man aber diese rechtfertigen, ehe der Gegentheil über das neue Vorbringen gehört war? Wo das vorige Urtheil nur erklärt wird, da muß der nun erklärte Sinn schon im Urtheil liegen, wie sollte auf den schon früher existirenden Verstand des Urtheils das spätere neue Vorbringen wirken, und den Rechtsgrund desselben ausmachen können? Unter eine ganz falsche Ansicht hat demnach Gaßert diese ganze Lehre gestellt; sie besteht viel-

a) Im ang. Progr. S. 4. Anm. 1.

mehr darin: wenn der Richter durch das Vorbringen bei Ergreifung eines Rechtsmittels wahrnimmt, daß der Ergreifende dem Urtheil einen falschen Sinn beilegt, und schon das bisher Erkannte, nach seinem richtigen Verstande, dasjenige enthält was ein streitender Theil durch ein Rechtsmittel bezwekt, so hebt der Richter den Mißverstand, erläutert das Urtheil, erklärt nach dieser Declaration das Rechtsmittel als überflüssig, also unstatthaft, und verweiset dadurch das zu einem überflüssigen Rechtsmittel untaugliche neue Vorbringen in das vorhergehende Verfahren zurük. — Wie könnte aber da, wo die auf Nova gebaute Restitution abgeschlagen wird, das neue Vorbringen als der Rechtsgrund der Erklärung des Urtheils gedacht werden?

Selbst die von Gaßert angeführten Erkenntnisse der beiden höchsten Reichsgerichte enthalten ausdrüklich die Bestimmung „daß die „überflüssig gebetene Restitutio in in„tegrum vor unstatthaft erklärt werde“ a); folglich ist der Grund, aus welchem die bei Gelegenheit eines Restitutionsgesuchs ertheilte De-

a) Im ang. Progr. S. 10. und 11.

claration abgeleitet werden muß, nicht in den bei diesen Rechtsmitteln vorkommenden Novis, sondern im Gegentheil darin zu suchen, daß es nach dem wahren Sinne des Urtheils weder dieses Rechtsmittels noch dieses neuen Vorbringens bedürfe. Aber diese Berichtigung des Gesichtspunkts bewährt auch augenscheinlich, daß der Grund, auf welchem die Macht des Richters beruht, durch eine Erklärung des Urtheils alle Mißverständnisse und daraus abgeleitete Beschwerden zu heben, ganz allgemein sey, und bei allen devolutiven oder nichtdevolutiven, ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln Anwendung finde.

LII.

2) Auch derjenige streitende Theil, wider welchen das Rechtsmittel ergriffen wurde, kann eine Handlung vornehmen, wodurch die aus dem vorigen Urtheil hervorgehende Verletzung gehoben, also das Rechtsmittel, es sey nun eingewendet, oder bei dem oberen Richter eingeführt, seiner ganzen rechtlichen Existenz beraubt wird (§. XLV.). Da der Gebrauch eines Rechtsmittels als ein neuer Angriff, als eine Klage (§. XXV.) zu betrachten ist, so folgt daraus:

daß auch das Rechtsmittel in seiner Geburt erstickt werde, wenn der Gegentheil auf diejenige Stelle des Urtheils Verzicht leistet, wider welche das Rechtsmittel gerichtet war *a*); eben so, wie die Klage auf der Stelle erlöscht, so bald der Beklagte den Ansprüchen freiwillig Genüge leistet *b*).

Nur streiten die Rechtslehrer darüber: ob der Verzicht eine Zurükweisung der Sache an den vorigen Richter bei devolutiven Rechtsmitteln nothwendig mache? Angesehene Gelehrte *c*) wollen denjenigen, welcher das Rechtsmittel brauchte, verbinden, nach Wohlgefallen seines, den Verzicht leistenden Gegners auch nach dem Verzichte bei dem obern Richter sich einzulassen. Allein schon Böhmer *d*) hat ihre Gründe geprüft, und den Ungrund derselben auf eine sehr befriedigende Weise dargelegt. Man darf nur

a) G. L. Böhmer de appell. interpos. renunciat. §. 3. in dessen ang. Elect. S. 411.

b) Danz ordentl. Proz. §. 42.

c) Mevius Decis. Part. II. Dec. 352. Part. IV. Dec. 349. Gail. observ. Lib. I. obs. 136.

d) Am ang. Orte §. 24. S. 442.

bedenken, daß alle Wirkungen hinwegfallen, wenn die Ursache aufhört, um sich zu überzeugen, daß da, wo durch Verzicht des Gegentheils der Zweck aller Rechtsmittel selbst besetiget ist, auch von Mitteln, welche sich ohne Zweck nicht denken lassen, und von allen demjenigen, was damit in unzertrennbarer Verbindung steht, keine Rede seyn könne. Da nun die Gerichtsbarkeit des Oberrichters nur für den Zweck einer Abänderung des vorhergehenden Urtheils begründet ist, so fällt diese als Wirkung mit ihrer Ursache durch den Verzicht hinweg.

LIII.

D. Zu den besondern Verordnungen muß man es zählen, daß die Rechtsmittel aufhören, wenn derjenige, welcher sich derselben bediente, ohne Erben verstorben ist *a*). Unter Erben werden alle Testaments, und Intestaterben verstanden, und man muß wohl auch diejenigen noch als Erben ansehen, welche aus besondern Gründen zur Erbschaft ganz oder zum Theil ge,

a) L. un. D. si pendente appell. mors intervenerit. "Appellatore defuncto, siquidem sine herede, cuiuscunque generis appellatio fuit, evanescit." Mehlen a. a. O. §. 101.

rufen werden, wohin Socii liberalitatis imperialis, der überlebende Ehegatte und andere *b*) gehören. Nur dem Fiscus, der bei Abgang aller Erben das Vermögen eines Verstorbenen sich als herrenloses Gut zueignet, kann dieses Gesez entgegengestellt werden, wenn er die vom Verstorbenen ergriffenen Rechtsmittel fortsetzen will, und man kann aus diesem Gesetze einen entscheidenden Grund für die Meinung hernehmen, daß der Fiscus vacante Erbschaften als herrenloses Gut, keinesweges aber als Erbe sich zueignen kann *c*).

b) Koch de Succeff. ab inteft. Sect. V.

c) Puffendorf Tom. III. obf. 14. §. 22.

XXXIX.

Von den Wirkungen der Appellation.

I.

Die Schriftsteller über den gemeinen Prozeß *a*) nehmen als Wirkungen der Appellation an: 1) daß sie die Vollstreckung des Urtheils hemmt; effectus suspensivus) 2) daß sie die Sache an den nächsten Oberrichter bringt (effectus devolutivus); 3) daß sie eine gemeinschaftliche Wohlthat ist, welche auch dem Appellaten und einem Dritten, welcher gravirt ist, zu Statten kömmt (effectus communicativus); 4) daß sie den Streit in den Zustand zurücksezt, in welchem er zur Zeit der Einlassung in der ersten Instanz war (effectus rescissorius), kraft dessen man

a) Claproth §. 353. Danz §. 413—416. Martin §. 209. Grolman §. 214. Dieser zieht jedoch die lezte Wirkung einigermassen in Zweifel. Mehlen über die Appellation §. 18. bis 25.

nicht nur dasjenige weiter ausführen kann, was bereits in der vorigen Instanz vorgebracht wurde, sondern auch neue Gründe und Beweise vorzubringen berechtiget ist (beneficium non deducta deducendi, non probata probandi).

Allein wenn man bedenkt, daß verschiedene Epochen im Apellationsverfahren festgesezt sind, so muß es schon einiges Mißtrauen gegen diese Lehrart erregen, daß die jeder Epoche eignen Wirkungen vernachläßiget, und alle Wirkungen der Appellation unbedingt beigelegt werden, obgleich manche derselben erst nach der besondern Situation einer Appellationssache eintreten können. Vor erkannten Appellationsprozessen hat der Appellat keinen Beruf, bei dem Appellationsrichter zu erscheinen; die Zuläßigkeit des Rechtsmittels selbst ist noch problematisch; sollte nicht die Erkennung der Appellationsprozesse, der Anfang der wechselseitigen Verhandlungen in der zweiten Instanz besondere Wirkungen hervorbringen, so wie man im ersten Verfahren besondere Wirkungen der Ladung, und besondere Folgen der Kriegsbefestigung kennt? und wenn dieses nicht geläugnet werden kann, sollte es nicht nothwendig seyn, in Bestimmung der Wirkungen die ver-

schiedenen Situationen zu trennen, unter denen eine Appellationssache gedacht werden kann? Ich darf mich, um den praktischen Nutzen dieser Trennung zu beweisen, nur auf dasjenige berufen, was ich oben in der Darstellung der Lehre von Rechtsmitteln im Allgemeinen über die Gemeinschaft derselben a) anführte, und behandle die Wirkungen der Appellation nach dieser Absonderung ihrer verschiedenen Situationen.

II.

Die Appellation wird bei dem Unterrichter eingelegt, bei dem Oberrichter eingeführt und gerechtfertigt. Es sind verschiedene Handlungen, sogar bei zwei verschiedenen Richtern, aber dennoch setzen sie die Appellation in kein anderes rechtliches Verhältniß. Alles, was hier vorgeht, ist nur einseitige Handlung des Appellanten, hat nur einen Zweck, Rechtfertigung der Appellation; alles läßt noch die Vorfrage über die Zulässigkeit des Rechtsmittels und die Erheblichkeit der Beschwerden unentschieden; es ist immer nur noch ein versuchtes

a) Man sehe die vorhergehende Abhandlung §. 27. und ff.

Mittel, ein Begehren der Erkennung der Appellationsprozesse, noch keine angenommene Appellation, und es steht beiläufig in dem nämlichen Rechtsverhältniß, wie eine dem Richter übergebene Klage.

Durch das Erkennen der Appellationsprozesse geht aber eine Veränderung im rechtlichen Verhältniß der Sache vor; es kömmt eine Ladung des Oberrichters zum Vorschein, welche, wie jede Ladung auf eine Klage, besondere Wirkungen hervorbringt.

So wie nun nach erkannter Ladung die Einlassung des Beklagten besondere neue Wirkungen erzeugt, so tritt auch dieses bei der Appellation um so mehr ein, als wir sogar bei den Reichsgerichten nach erkannten Appellationsprozessen noch eine Nothfrist, das Fatale reproducendorum processuum haben.

Man muß also in Bestimmung der Wirkungen, welche eine Appellation hervorbringt, vier Abschnitte machen: A. von Einwendung der Appellation bis zum Relevanzbescheide; B. von Erkennung der Appellationsprozesse bis zur

Antwort des Appellaten auf den Beschwerdenlibell; C. von dieser Antwort bis zum Urtheil in der Appellationsinstanz. D. Von demselben bis zum Ende der ganzen Sache.

III.

A. Unter den Wirkungen, welche eine Appellation schon durch ihre Einwendung hervorbringt, zeichnet sich aus, I. daß sie die Rechtskraft des Urtheils hemmt, eine Wirkung, welche sie jedesmal hat, und bis zum Ausgang der Appellationssache behält. Durch sie wird das, was vom vorigen Richter erkannt war, problematisch, und der Rechtsbestand des Erkannten macht den Gegenstand des Streits in der höhern Instanz aus. Ich lege hier den Begriff von Rechtskraft zum Grunde, wie ich oben *a*) näher bestimmt habe.

II. Sie bringt die Sache an den Oberrichter, und macht, daß die Gewalt des Unterrichters so lange suspendirt ist, bis der höhere Richter darüber erkannt hat; jedoch muß bei einem aus mehreren Punkten bestehenden Urtheile dieses nur von denjenigen Punkten verstanden wer-

a) Vorige Abh. §. XIX – XXI. incl.

den, gegen welche die Appellation entweder unmittelbar gerichtet war, oder welche mit den durch Appellation angefochtenen Punkten in einer unzertrennbaren Verbindung stehen *b*). Ueber Punkte, die sich trennen lassen, existirt kein Rechtsmittel, also auch keine Devolution, welche nur als eine Folge des ersten gedacht werden kann. So weit nun eine Appellation ergriffen wurde, ist die ganze Gerichtsbarkeit des Unterrichters suspendirt, und nebst den schon im Vorhergehenden *c*) bemerkten Folgen dieser Devolutivkraft verdienen hier noch diese besonders ausgezeichnet zu werden, daß der Unterrichter sich alles Erkenntnisses über die Erheblichkeit der Beschwerden enthalten muß, und daß er durch eine Abänderung des Urtheils die Beschwerde selbst zu heben, nicht berechtiget ist. Nur die Appellation von gemeinen Beiurtheilen machen eine Ausnahme, indem eines Theils der vorige Richter durch eine Abänderung des Urtheils die Beschwerde noch selbst heben kann *d*), aus welchem Grunde die

b) L. un. §. ult. D. nihil innovari appell. interposita.

c) Vorhergehende Abhandl. §. XVIII.

d) Cap. 60. X. de appellat. Cap 10. eod. in 6. Ge. Lud. Böhmer de appellat. interpos. renunciat. §. 11. in seinen Electis I. C. Tom. I.

einzelnen Beschwerden bei der Einwendung namentlich aufgezählt werden müssen, andern Theils aber der Unterrichter, wenn er der Appellation nicht deferirt, bis zu der vom Oberrichter verhängten Inhibition in der Sache fortfahren kann *e*). Also auch diese Appellationen devolviren die Sache an den obern Richter, und nur ein Ausfluß der Devolutivkraft, Suspension der Gerichtsbarkeit des vorigen Richters, leider bei gemeinen Interlocuten eine kleine Modification.

Die Devolutivkraft erstrekt sich nicht nur auf den Gegenstand und die Rechtmäßigkeit der Beschwerde, sondern auch auf die Mittel zur Appellation; deshalb kann der Unterrichter zwar den Mangel der Formalien und Fatalien einer Appellation anzeigen, aber niemals eine Appellation für desert erklären, oder über die Fatalien und Formalien erkennen; also auch nicht gegen verabsäumte Nothfristen, wenn sie auch bei dem Unterrichter zu beobachten waren, den Appellanten restituiren *f*)

e) Cap. 2. de Dolo et contum. in 6. Danz §. 418.

f) Siehe darüber einige merkwürdige Reichshofrathsconclusa in Hanzely Grundriß Th. 3.

IV.

III. Sie hemmt auch in der Regel die Vollstreckung, und eine dagegen unternommene Handlung (Attentat), sie mag vom Richter oder der Partei herkommen, ist unerlaubt. Nur die Fälle sind ausgenommen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, z. B. Alimentenstreitigkeiten, Baustreitigkeiten, Begräbnißsachen, Sachen über schleunigen Besitz, Wechselsachen, welche durch besondere Gesetze mancher deutschen Länder näher bestimmt wurden. Man rechnet auch Bergwerkssachen dahin; ich kenne aber aus den neuesten Zeiten zwei Fälle, wo sowohl der kaiserliche Reichshofrath als das Reichskammergericht auch in Bergwerkssachen plenarios appellationis processus erkannte *a*). Von der Gewalt des Unterrichters bei Versagung der Sus-

Abth. 1. Beil. S. 40. 42. und 83. Den lezten Saz insbesondere habe ich weitläuftiger bewiesen in den Erörterungen S. 106. woselbst ich viele Präjudicien der beiden höchsten Reichsgerichte verglichen habe.

a) Von einem habe ich im ersten Bande meiner auserlesenen Rechtsfälle (Landshut 1801. 8.) Nachricht gegeben, vom andern werde ich im zweiten Bande der Rechtsfälle etwas sehr merkwürdiges liefern.

pensivkraft soll in einer besondern Abhandlung gesprochen werden.

IV. Das ältere römische Recht verband den Appellanten zur Sicherheitsleistung darüber, daß er, wenn die Appellation ohne Grund eingewendet worden wäre, eine gewisse Summe erlegen, die Früchte und andere Schäden ersetzen wolle. Diese Caution aber ist durch das neuere römische Recht abgeschafft worden *b*), ohne daß darum die Verbindlichkeit, allen durch eine ungegründete Appellation verursachten Schaden zu ersetzen, für aufgehoben gehalten werden könnte.

V. Das kanonische Recht scheint in einer Stelle *c*) einen Unterschied zu machen: ob der Besitzer oder ob der Nichtbesitzer appellirt habe, wo im ersten Fall die Früchte sequestrirt werden sollen. Allein eine andere Stelle *d*) beschränkt es blos auf den Fall, wenn von dem besizenden Appellanten eine Verschleuderung zu besorgen wäre. Da während der Appellation

b) L. 6. §. 4. 6. C. de appellat. Claproth § 353.

c) C. 26. C. 2. qu. 6.

d) Cap. 3. X. de sequestr. possess. et fructuum.

nichts verändert werden darf, so kann nur eine von Seite des Appellanten vorhandene Gefahr eine solche Sequestration begründen, weshalb durch die lezte Stelle des canonischen Rechts sei, ne vorhergehende unbestimmte Verordnung für berichtiget gehalten werden muß.

V.

VI. Sie ist insoweit eine gemeinschaftliche Wohlthat, daß sie auch den Streitgenossen und denjenigen, welche mit dem Appellanten ein gemeinschaftliches Interesse haben, z. B. den Bürgen zu Statten kömmt *a*). Dies ist nach den Gesetzen in einem so hohen Grade wahr, daß der Streitgenosse, der nicht appellirt hat, die Vortheile der Appellation, sogar des in der Appellationsinstanz erfochtenen Sieges theilt. Nur ist nach den Gesetzen hiezu nothwendig, daß Identität des Gegenstandes und des Grundes der Verurtheilung vorhanden sey, oder wie Baldus mit vieler Präcision zu diesem Gesetze sagt: „si defensio communis et eadem vincendi ratio adest.“ Doch bemerkt Mehlen *b*) mit

a) L. 1. und 2. C. si unus ex pluribus.

b) Ueber Appellat. §. 17.

andern Rechtsgelehrten, meiner Ueberzeugung nach mit Recht, daß diese Vortheile dieser Gemeinschaft bei denjenigen Streitgenossen wegfallen, welche ausdrüklich oder durch eine besondere concludente Handlung auf die Appellation Verzicht geleistet haben.

VII. Ganz unrichtig ist es aber, wenn die Rechtslehrer schon die interponirte Appellation für eine auch dem Appellaten gemeinschaftliche Wohlthat erklären; da ich oben bewiesen habe, daß der Appellat, wenn nicht auch er die Nothfristen beobachtete, und dadurch selbst Appellant wurde, erst nach erkannten Appellationsprozessen auf diese Wohlthat einen gegründeten Anspruch machen könne c).

VI.

VIII. Ob die Appellation rescissorische Kraft habe d. h. den Rechtsstreit in die Lage zurüksetze, in welchem er sich zur Zeit der Litiscontestation befand, hat neuerlich Grolman a) bezweifelt, indem er diese von den Rechtslehrern

c) In der vorausgehenden Abh. §. 32. und 33.

a) A. a. O. §. 214.

einstimmig angenommene Meinung für eine irrige und sehr gefährliche Behauptung erklärt. Widerspruch fördert die Wahrheit zu Tage, und der würdige Gelehrte verdient den Dank des Publikums, daß er einen Gegenstand zur Sprache brachte, der schon nach seiner Wichtigkeit einer Revision werth ist, was auch immer als Resultat aus unseren Forschungen hervorgeht.

Um alles sogleich zu entfernen, was unbestritten ist, bemerke ich hier, daß die Appellation von einem einfachen Beiurtheil ein neues Vorbringen nicht verträgt *b*), unsere Frage ist also auf Definitiverkenntnisse oder solche Interlocute beschränkt, welche mit ihnen gleiche Wirkung haben.

Diese rescissorische Kraft drücken die Praktiker durch zwei Phrasen aus: sie sagen die Appellation führt die Sache in den Zustand zurük, in welchem sie sich zur Zeit der Kriegsbefestigung befand (rem reducit ad statum litis contestatae) — und gleichbedeutend mit diesem Ausdruk brauchen sie den Saz man könne in der Appellationsinstanz Ausführungen und Beweise

b) Clem. 5. de appell. Danz §. 416.

beibringen, welche in der vorigen Instanz nicht angeführt waren (beneficium non deducta deducendi, non probata probandi).

Man muß es wirklich mit solchen Phrasen genauer nehmen, denn so unschuldig sie auch scheinen mögen, so groß werden ihre Folgen, da man sie als Prämissen aufstellt, aus denen man wichtige Folgen ableitet. — Was sollte denn der Ausdruk: reducit ad statum litis contestatae heissen — soll man darunter den Zustand der Sache vor oder nach der Kriegsbefestigung verstehen? Wie will man den Saz auf den Kläger anwenden, da er heutzutage nicht mehr eine solche Handlung vornimmt, wie man sie bei den Römern mit den Namen Litiscontestation bezeichnete? Soll der Beklagte als Appellant noch dilatorische oder forideclinatorische Einreden beibringen können. — Oder soll, wie noch neuerlich Overbeck c) behauptet haben, der Beklagte auch noch in der zweiten Instanz eine Widerklage anbringen können, obgleich ihm nach der richtigern Meinung anderer Rechtsgelehrten d)

c) Meditationen über verschied. Rechtsmaterien Th. VII. Medit. 353.

d) Mevius Part. V. Dec. 356. Böhmer Princ. Jur. Can. §. 696.

diese Befugniß in der höhern Instanz nicht mehr zusteht, da er sonst dem Kläger das Recht der ersten Instanz entziehen würde?

Sehr gefährlich ist es also, unter den Wirkungen der Appellation aufzuzählen: daß sie die Sache in den Zustand versetze, in welchem sie vor der Kriegsbefestigung war, so unbezweifelt ihn auch Claproth *e*), Danz *f*) Mehlen *g*) und Martin *h*) als eine allgemein anerkannte Wahrheit vortragen.

VII.

Daß aber diese Behauptung auch irrig sey, wird nicht nur allein aus dem, was ich schon im vorhergehenden Paragraph anführte, sichtbar, sondern auch dadurch bestärkt, daß alle Gesetze, auf welche man diese Behauptung stüzte *a*) von der Zurükführung auf den Zustand der

e) Ord. Proz. §. 353. num. III.

f) Grundsätze des ord. Proz. §. 416.

g) Ueber Appellat. §. 23.

h) Lehrbuch des gem. Proz. §. 209.

a) L. 6. §. 1. und 2. C. de appell. L. 37. in f. C. eod. L. 4. C. de tempor. et reparat. appell.

Kriegsbefestigung ganz schweigen, sondern allenthalben nur von dem Rechte, etwas Neues in der Appellationsinstanz sprechen, ihnen ist also die rescissorische Kraft in dem Sinne, als ob die Appellation den Zustand der litiscontestation wieder herstellte, ganz unbekannt, und es ist das ganze nur eine Erfindung der Glossatoren, durch welche sie eine in den Gesetzen deutlich entschiedene Sache nunmehr unverständlich, verworren machten, und zu grossen Irrthümern den Anlaß gaben. Man halte sich also streng an die Verordnungen und Ausdrücke der Gesetze, so lange sie dem Sinn des Gesetzes anpassen, und hüte sich, aus einer Verwechslung der Worte am Ende einen Grundsaz zu bilden, welcher den Gesetzen ganz fremd und unbekannt ist. Nur von der Rechtswohlthat, durch neues Vorbringen sein Recht zu vertheidigen, reden die Gesetze, also nur diese kann man unter der rescissorischen Kraft — wenn man doch diesen Namen beibehalten will — verstehen. Insoweit also pflichte ich Grolman ganz bei, wenn er die bisher angefochtene Behauptung für gefährlich und irrig erklärt.

VIII.

IX. Aber Grolman geht so weit, daß er wegen seiner entgegengesezten Behauptung zwar eine neue rechtliche Deduction, aber weder neue Thatumstände, um neue Klagen oder Einreden zu begründen, noch neue Beweise zulassen will, weil durch jenes dem Gegner das Recht der ersten Instanz entzogen, durch dieses die Präclusivkraft des Beweistermins zerstöhrt würde. Nur dann läßt er das neue Vorbringen zu, wenn die Parteien zur Begründung einer Wiedereinsezung in den vorigen Stand den Eid leisten, welchen der jüngste Reichsabschied a) vorgeschrieben hat. Er will also ein neues Vorbringen nur insoweit zulassen, als es durch das Rechtsmittel der Restitution begründet ist.

Keinem Zweifel ist wohl unterworfen, daß dem Appellanten die Befugniß zusteht, eine neue Deduction zu machen, worin er die in den bisherigen Verhandlungen liegenden Merkmale zusammenstellt, daraus die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs und die Verlezung, welche ihm das beschwerende Urtheil zufügte ableitet (beneficium

a) §. 73.

non deducta deducendi); denn es ist nur eine Deduction aus den Merkmalen, welche dem Richter schon vorgelegt waren, kein neues Vorbringen. Der Richter hätte demnach ohnehin nach diesen Merkmalen erkennen sollen, wenn auch die Partei daraus keine Ausführung ihrer Rechte gemacht hatte. Es ist also nur die Frage, ob die Appellation, als solche, die Wirkung habe, daß auch neue Thatumstände und Beweise vorgebracht werden können? (beneficium non probata probandi).

IX.

Das römische Recht erlaubt an mehreren Stellen, neue Thatsachen und Beweise in der Appellationsinstanz vorzubringen *a*); es kannte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Umstände oder Beweismittel in der Eigenschaft eines Rechtsmittels gegen Urtheile nicht, und alles, was Hr. v. Riedesel *b*) darüber anführte, kann nur beweisen, daß uns das römische Recht eine Ver-

a) L. 6. §. 1. u. 2. C. de appellat. L. 37. in f. C. eod. L. 4. C. de tempor. et reparat. appell.

b) Vorträge an den vollen Rath des Kais. Kammerger. S. 80. u. ff.

anlassung gab, dieses Rechtsmittel in Deutschland einzuführen, im dunklen Gefühle einer Billigkeit, welches doch in den unbedingten Sieg des förmlichen Rechts über das wirkliche nicht ganz einstimmen konnte, fand der Römer kein anderes Mittel, die Strenge des förmlichen Rechts zu mildern, als daß er erlaubte, ein neues Vorbringen mit der Appellation zu verbinden.

Ich stelle hier keine Hypothese auf, sondern die Gesetze selbst geben mir den Fingerzeig zu dieser Vermuthung, da sie in einer Stelle, wo sie das Vorbringen neuer Merkmale erlauben, die Ursache dieser Verordnung in den wichtigen Worten ausdrücken: „Si quid autem in agen-„do negotio minus se allegasse litigator credi-„derit, quod in judicio acto fuerit omissum, „apud eum, qui de appellatione cognoscit, „persequatur: cum votum gerentibus nobis „aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum „habere debere, necessaria res forte transmis-„sa non excludenda videatur“ c). Es ist aus dieser Stelle sichtbar, daß das römische Recht Billigkeit vorzog, und bei der Appella-

c) Der angef. L. 6. §. 1. C. de appell.

tion nicht blos neue Ausführungen, sondern ein neues Vorbringen (allegatio omissorum) zuließ.

X.

Im ganzen Geiste des kanonischen Rechts *a*) ist die Befugniß, neue Umstände oder Beweise vorzubringen, nicht minder begründet; nur glaubt Danz *b*), es fordere eine Bescheinigung oder einen Eid, daß die neuen Gründe oder Beweismittel jezt erst entdekt worden seyen. Allein man darf nur die Stelle, worauf er sich beruft *c*), genauer einsehen, um sich von dem Irrthum zu überzeugen. Das Gesez handelt von dem Fall einer streitigen Wahl, nicht von Appellationen im Allgemeinen, und es nimmt den Grund der ganzen Verordnung aus dem öffentlichen Wohl der Kirche „ne diutius periculos e vacent Ecclesiae"; auf diese Gefahr, nicht auf die Natur der Appellation, baut es seine Bestimmung; es ist daher schon überhaupt ein besonderes, nur auf den Fall einer strei-

a) Clem. 5. de appellat. Clem. 2. de testib.

b) Ord. Proz. §. 416.

c) Cap. 4. de Elect. in 6.

rigen Wahl, keinesweges aber ein auf Appellationen im Allgemeinen anwendbares Gesez. Und nicht genug, es fordert zu der Appellation keinen Eid, sondern es befiehlt nur, daß gleich bei der Appellation (um mit den Worten des Gesetzes zu sprechen) „appellantes in in„strumento publico, seu litteris super ap„pellatione confectis, omnia et singula ex„primant, quae in formam intendunt obji„cere“. — Hier, bei der Appellation, wird kein Eid gefordert. Nur wenn sie nach der Appellation etwas Neues vorbringen wollen, sollen die Appellanten bescheinigen oder beschwören, daß es erst nach der Appellation entstanden, oder ihnen zur Zeit der Appellation unbekannt gewesen sey. Wer kann aber einen Eid, welchen das Gesez auf ein neues erst nach der Appellation zu machendes Vorbringen einschränkt, zur Bedingung der Zuläßigkeit eines neuen Vorbringens bei der Appellation machen? Es ist demnach sichtbar, daß nach dem kanonischen Rechte ein Eid keine Bedingung des neuen Vorbringens bei der Appellation ist; auch wäre es ganz unerklärbar, warum dasselbe in keiner einzigen seiner vielen

Verordnungen über Appellationen keine Spur eines solchen Eides enthält.

XI.

Unsere Reichsgesetze kannten zuerst keinen eigentlichen Appellationseid. Die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1508 *a*) erkannte blos die Nothwendigkeit eines Eides bei Appellationen in der Eigenschaft eines allgemeinen Eides für Gefährde, und nur in dem Fall, wenn eine oder beide Parteien ihn forderten. In gleicher Eigenschaft kömmt der Eid bei Appellationen in der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555 *b*) vor, bis dahin war es also kein eigentlicher Appellationseid, aber ein neues Vorbringen war, wie es das römische Recht deutlich zuließ, erlaubt.

Sehr merkwürdig ist es, daß das Kammergericht diese Befugniß, neue Gründe oder Beweise bei der Appellation vorzubringen, in einiger Art beschränken wollte *c*); aber der

a) Tit. III. §. 8.

b) Th. III. Tit. 32. §. 6.

c) Corp. Iur Cameral. (Winkler. Ausg.) Anhang zum K. K. G. O. Seite 74. u 79.

darüber vom Kammergericht verkündete gemeine Bescheid vom Jahre 1593. wurde im Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600. *d)* wieder aufgehoben, und die unbeschränkte Zulässigkeit des neuen Vorbringens wiederholt anerkannt.

Ein näherer Schritt zum Appellationseide wurde in dem Concept der verbesserten Kammergerichtsordnung im Jahre 1613. gethan, wo zwar der Eid nur noch als Juramentum calumniae vorkömmt, welches auf der Parteien oder einer derselben Begehren geschworen werden soll *e)*; doch gieng die Formel des Gefährdeeides bei Appellationen schon bestimmter auf das neue Vorbringen bei Appellationen.

Ganz verändert wurde dies alles auf dem Reichstage zu Regensburg 1653. und 54. Der vorher nur vom Begehren der Partei abhängige Eid vor Gefährde wurde nun vom Begehren unabhängig gemacht, und in einen förmlichen Appellationseid umgeschaffen, indem derselbe nunmehr sub poena desertionis im ersten

d) §. 114.

e) Th. III. Tit. 38. §. 15.

Termine vom Appellanten abgeschworen werden muß *f*). Die Eidesformel selbst blieb im Ganzen unverändert, wie sie schon im Concept der verbesserten Kammergerichtsordnung angegeben war, und besteht darin: daß der Appellant „von „seinem neuen Einbringen novorum deducendorum, so ihm bereits bei Ablegung des „Eids vorkommen, oder in Vollführung der „Appellation vorkommen möchten, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselbe „damals einzubringen nicht vermöcht, oder „für undienlich und unnöthig geachtet, nunmehr aber darvorhalte, daß die ihm zu Erhaltung Rechtens dienlich seye". Zu allem Ueberfluß wurde in eben diesem Reichsgesetze beiden Parteien erlaubt, dasjenige, was in voriger Instanz noch nicht vorgekommen oder bewiesen worden, nach Ausweiß gemein beschriebener Rechten vorzubringen und zu beweisen, jedoch unter dem Beding, daß Appellant und Appellat dasjenige eidlich erhärte, was der eben angeführte Appellationseid enthält *g*).

f) J. R. A. §. 118.

g) J. R. A. § 78.

XII.

Bei so vielen, in ununterbrochener Uebereinstimmung, sprechenden Gesetzen kann man wohl nicht zweifeln, daß bei der Appellation das Vorbringen neuer Thatumstände und Beweise erlaubt sey. Zwar stellt es auch Grolman *a*) nicht ganz in Abrede, nur siehet er es 1) als Ausnahme von der Regel an; 2) er findet den rechtlichen Grund des neuen Vorbringens in den Eigenschaften, welche zur Begründung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nothwendig sind, die Appellation würde demnach nicht als solche, sondern wegen einer zugleich begründeten Restitution neues Vorbringen zulassen. Allein darin kann ich nicht beistimmen, denn der jüngste Reichsabschied macht beides zur Regel *b*); er nennt den Eid "Appellationseid", behandelt das Ganze auch bei neuem Vorbringen als Appellation, und konnte wohl bei diesem Eide das Rechtsmittel der Restitution um da weniger in die Appellation einmischen, als der Restitutionseid, wenn er auch mit dem Appellationseide übereinstimmt,

a) Am ang. O. §. 214.

b) J. R. A. §. 78.

erst im Jahre 1669., folglich nach dem jüngsten Reichsabschied eingeführt wurde c).

Es ist auch nichts weniger als gleichgültig, ob man das Recht des Appellanten, sich auf neues Vorbringen zu stützen, auf das Rechtsmittel der Appellation oder auf jenes der Restitution begründet; denn das lezte hat keine Devolutivkraft d) und ist grossen Einwürfen über die Begründung der Wiedereinsetzung durch das Vorbringen, ob es wahrhaft neu sey, ausgesezt e), wo im Gegentheil die Appellation Devolutivkraft hat, und als ein Rechtsmittel, bei welchem altes und neues Vorbringen zulässig ist, allen Streit über die Qualität des Vorbringens, ob es neu oder alt sey, ausschließt.

XIII.

So wäre denn der Saz erwiesen, daß Novа bei der Appellation zugelassen werden müssen. Aber man schweift auch auf der andern Seite

c) Riedesel Vorträge Seite 109. Meine Erörter. Seite 183.

d) Meine Erörterung. Seite 202.

e) Ebendas. Seite 178.

aus, wenn man behauptet, man könne ohne durch den Anspruch des Richters beschwert zu seyn, auf bloße Nova eine Appellation begründen a).

Der ungenannte Verfasser der unten bemerkten Schrift beruft sich auf ein Beispiel des kaiserlichen Reichshofraths vom 7. November 1795. in Sache Gungolding Gemeinde contra Strasser und die fürstlich Eichstädtische Regierung, appellationis, ein Gemeindnutzen betreffend. Man fand, sagt er, keine Beschwerde in dem vorigen Urtheil, und nach dieser Aktenlage mußten die Appellationsprozesse abgeschlagen werden; der Appellant benannte aber Zeugen, welche in der höhern Instanz abgehört werden sollten, und der Richter voriger Instanz stellte es dem Reichshofrath anheim, wie weit darauf Rükksicht genommen werden könne. — Auf allen Wegen, sagt der Verfasser, fand man Anstände; die Prozesse erkennen, schien seltsam, weil keine Beschwerde vorhanden war; — zu einer Ordination war der Fall nicht qualifi-

a) Dieses behauptet der Verfasser der Schrift: der Reichshofrath in Justiz- und Gnadensachen Th. IV. Seite 29.

cirt; die Prozesse abschlagen, war gegen das Recht der neuen Ausführung und gegen den Buchstaben der Gesetze, wenn nicht ein Vorbehalt wegen Abhörung der Zeugen angehängt würde; da aber, fährt er fort, das nämliche in der Appellationsinstanz geschehen konnte, so mußten, so auffallend es scheinen konnte, die Prozesse erkannt werden. — Das nämliche soll nach seiner Angabe kurz vorher in Sache von Voit Graf contra Freiherrn von Voit, appellationis, geschehen seyn.

Ohne genaue Kenntniß der Akten kann man so etwas nicht ganz beurtheilen — aber wenn der Fall so war, dann waren freilich bei den Wegen, die der Verfasser nennt, überall Anstände. Doch zweifle ich sehr, ob der Reichshofrath nur bei diesen Wegen stehen geblieben wäre: denn ich finde gerade darin den Irrthum des Verfassers, daß er den rechten Weg, bei welchem kein Anstand obwaltete, und bei welchem nichts seltsames oder auffallendes herauskam, und welchen der Reichshofrath gewiß würde eingeschlagen haben, nicht berührte. Indessen zeugt das Beispiel von der Erheblichkeit der aufgeworfenen Frage.

XIV.

Schon im Begriffe der römischen Appellation lag es, daß sie eine Beschwerde voraussetze, eine aus dem Urtheil hervorgehende Rechtsverletzung, etwas contra jus litigatoris, wie sich das römische Recht *a*) ausdrückt, und das canonische Recht bestärkte den Saz *b*). Es lag schon in der Natur einer Beschwerde, welche Bedingung der Appellation war, daß der Richter nach der Aktenlage, nicht so, wie er sollte, erkannt habe, und selbst den Römern war die Zulässigkeit eines neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz so wenig mit ihren Begriffen von diesem Rechtsmittel zusammenhängend, daß es besonderer, im Codex aufbewahrter, Verordnungen bedurfte, um dem neuen Vorbringen einigen Eingang zu verschaffen. Aber auch hiebei wollte er seine Begriffe von diesem Rechtsmittel nicht aufgeben, er verstattete nur, neue Umstände und Gründe hinzuzufügen, bei der Appellation auch Nova beizubringen, ohne die Natur des Rechtsmittels

a) L. I. §. 2. D. quae Sent. sine app.

b) cap. 38. und 70. X. de appellat. Böhmer Princ. Iur. Can. §. 831.

dadurch ganz abzuändern. Wie energisch drückt nicht diese Absicht Justinian aus, wenn er sagt: „Per hanc divinam sanctionem decerni„mus, ut licentia quidem pateat in exercen„dis consultationibus tam appellatori quam „adversae parti novis etiam assertionibus „utendi, vel exceptionibus“ *c*) und wenn er verordnet: „Novas etiam adsertiones a „partibus apud eundem vel eosdem judices „addi — permittimus“ *d*) — Wie schön er durch die Worte: etiam und addi, seine Absicht ausdrückt! Beschwerde war Bedingung der Appellation, diese mußte vorhanden seyn, und das Unrecht im Urtheil nach der vorigen Aktenlage liegen — neues Vorbringen war nur erlaubt, man konnte es nur seinen Beschwerden hinzufügen, und sein Recht auch durch neues Vorbringen unterstützen. Mir scheint, es könne durch die Gesetze nicht besser entschieden werden, daß man ohne eine Beschwerde zu haben, auf bloses neues Vorbringen keine Appellation begründen könne.

c) L. 4. C. de tempor. et reparat.

d) L 37. in f. C. de appellat.

So klar der Geist der Gesetze vor Augen liegt, so wenig waren die übrigen Einrichtungen getroffen, ohne welche diese Verordnungen nicht in Vollzug gebracht werden konnten. Der Beschwerdenlibell wurde erst bei Eröffnung der Verhandlungen in der Appellationsinstanz vorgebracht, kein Bescheid über die Erheblichkeit der Beschwerden konnte dem Verfahren vorhergehen, die Restitution als Rechtsmittel gegen Urtheile war unbekannt, und auf die Weise waren die Gesetze selbst Schuld, wenn ihren Absichten entgegengehandelt wurde, und wenn man bei den Verhandlungen gar nicht darauf sah, ob der Appellant sein Recht aus eigentlichen Beschwerden oder aus neuem Vorbringen ableite.

Die Reichsgesetze theilten lange Zeit hindurch alle diese Fehler des römischen Rechts, doch sprachen sie in steter Uebereinstimmung von Erlaubniß, Nova bei Appellationen vorzubringen, beziehungsweise auf die Verordnungen des römischen Rechts. Zwar kannten die Reichsgesetze schon im sechszehenten Jahrhundert das Rechtsmittel der Restitution *e*), aber noch wa-

e) Vis. A. 1533. §. 5. Meine Erörter. Seite 181.

ren ihre Eigenschaften nicht genauer bestimmt, noch die Gränzen zwischen derselben und der Appellation nicht abgestekt; sogar ungewiß war es, ob ihr nicht Devolutivkraft zukam *f*).

Der jüngste Reichsabschied, verstattet zwar ein neues Vorbringen *g*), aber er fordert daß der Appellant, wenn er nicht auf die vorigen Akten submittiren und beschliessen will *h*), Gravamina mit der Supplica pro processibus übergebe *i*); er fordert also auch eine Beschwerde, welche schon aus den vorigen Akten und dem darauf gebauten Erkenntnisse hervorgeht, also durch blosses neues Vorbringen nicht begründet werden kann.

XV.

Alle diese Verhältnisse haben aber seit dem jüngsten Reichsabschiede solche wichtige Veränderungen gelitten, daß nach dem Geiste des neuern gemeinen Prozesses die Begründung einer

f) R. A. 1570. §. 69.

g) §. 78.

h) §. 65.

i) §. 64.

Appellation durch bloßes neues Vorbringen gar nicht mehr gedacht werden kann.

Den Grundstein zu einem bessern Gebäude legte der jüngste Reichsabschied durch die Verordnung: daß der Beschwerdenlibell mit dem Gesuche um Appellationsprozesse übergeben werden soll, und nach seinem wahren Geiste a) wurde dadurch der wohlthätige Saz aufgestellt, daß vor Erkennung der Appellationsprozesse die Erheblichkeit der Beschwerden zu prüfen sey, woraus die heutzutage allgemein üblichen Relevanzbescheide entstanden. — Nun wurden die Eigenschaften und Erfordernisse des Rechtsmittels der Restitution durch die kammergerichtlichen gemeinen Bescheide vom Jahre 1669. und 1671. näher bestimmt, durch den kammergerichtlichen Schluß vom Jahr 1702 entschieden: daß die Restitution keine Devolutivkraft habe, und

a) Man sehe des Hr. Hofr. Haas wahrer Geist des jüngern Reichsabschieds §. 64. über die Frage, ob alle Appellationsprozesse, wenn die Formalien ihre Richtigkeit haben, zu erkennen seyen? zur Widerlegung des II. Stüks der Erläuterung verschiedener in das Reichsjustizwesen einschlagender Fragen (von Abel). Wezlar 1785. 8.

hierdurch wurden die Gränzen zwischen der Appellation und Restitution genauer abgestekt, woraus ein ganz neues Gebäude unserer Rechtsmittel sich bildete, dessen Rechtsverhältnisse gegen einander eben darum für gesezlich bestimmt geachtet werden müssen, weil für verschiedene Fälle verschiedene Rechtsmittel durch die Gesetze sanctionirt sind. Für den Fall, daß man seine Vertheidigung nur auf neues Vorbringen baut, haben nunmehr unsere Gesetze das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben, und demselben die besondere rechtliche Wirkung beigelegt, daß es bei dem höhern Richter nicht angebracht werden könne, weil ein Streit über blosses neues Vorbringen an sich als ein ganz neuer Streit, worüber bisher weder verhandelt noch gesprochen worden, anzusehen ist; also eine Devolvirung einer Restitutionssache an den Oberrichter das Recht der ersten Instanz verletzen würde *b*). — Für den Fall einer Beschwerde, die das Urtheil an sich enthält, also schon aus den vorigen Akten fließt, haben die Gesetze die Appellation gegeben, aber nebst Ausführung der Beschwerden erlaubt, auch

b) Meine Erört. Seite 204.

neues Vorbringen mit dieser zu verbinden. Sobald demnach das Urtheil in sich selbst keine Beschwerde enthält, sondern man seine Rechtsvertheidigung auf blosses neues Vorbringen baut, kann man die Gerichtsbarkeit des Oberrichters nicht begründen, weil es eine Verletzung des Rechts der ersten Instanz wäre: also auch bei offenbar ausgeschloßener Devolution ein devolutives Rechtsmittel, die Appellation, nicht brauchen.

Von dieser Zeit an wurden an beiden Reichsgerichten die Verweisungen aller Anträge, welche noch zur Gerichtsbarkeit des Richters voriger Instanz gehören, und darunter solcher Gesuche, welche auf blosses neues Vorbringen begründet waren, immer häufiger, und die an höchsten Reichsgerichten gewöhnlichen Ordinationen enthalten davon unzählbare Beispiele. Es hätte daher in dem oben (§. XIII.) bemerkten Falle vom kaiserlichen Reichshofrathe so, wie er am 9. Julius 1779. in Sache zu Mecklenburg Herzogthümer, Landräthe und Deputirte von der Ritterschaft zum engern Ausschusse contra die Vorderstädte Parchim und Güstrow, appell. die

Acciserhöhung betreffend, es that a), erkannt werden müssen: „daß, nachdem noch zur Zeit „kein von der Regierung dem appellantischen „Theile zugefügtes gravamen zu befinden, die „gebetenen Appellationsprozesse abgeschlagen „werden", nur würde dem Appellanten vorbehalten worden seyn, mit den neuen Beweisen an den Richter voriger Instanz sich zu wenden. Dies ist so plan, daß es dem geübten scharfen Auge des kaiserlichen Reichshofraths gar nicht entgehen konnte, und man vielmehr an der Richtigkeit und Vollständigkeit des vom Verfasser der oben angezeigten Schrift erzählten Factums zu zweifeln überwiegende Gründe hat.

XVI.

Was vom §. VIII. bis hieher ausgeführt wurde, liefert uns folgende Resultate. 1) Neue Thatumstände oder Beweise sind kein wesentliches Erforderniß zur Begründung einer Appellation; hierdurch unterscheidet sich dieses Rechtsmittel von der Restitution, bei welcher Nova die Bedingung sind. 2) Aber man kann bei der

a) Hanzely Grundriß Th. 3. Abth. 1. S. 22. unter den Beilagen.

Appellation auch neue Gründe vorbringen; dies ist ihr Unterscheidungszeichen von der Revision, welche, soweit sie als nichtsubsidiarisches Rechtsmittel betrachtet wird, keine Nova zuläßt a). 3) Niemals aber verträgt der Geist der Appellation, sie nur auf Nova zu begründen; sobald dies eintritt, so hört die Devolution auf: das Recht der ersten Instanz würde verlezt, und man kann nur das nichtdevolutive Rechtsmittel der Restitution brauchen. 4) Wird aber zur Unterstützung der gegen das Urtheil schon aus den vorigen Akten zu rechtfertigenden Appella-

a) Manche wurden durch den Namen „Revision“ getäuscht, und legten derselben, auch als Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte diese Eigenschaft bei. Ich habe aber nicht nur das Irrige dieser Meinung aus den Reichsgesetzen bewiesen, sondern auch dargethan, daß Landesgesetze, welche bei diesem reichsgesezmäßigen Rechtsmittel kein neues Vorbringen zulassen wollen, gegen absolut gebietende Reichsgesetze, also null und nichtig sind. Meine Erörterungen Seite 207. Möchte doch der Reichsfiscal das Ansehen der Reichsgesetze und die Rechte deutscher Unterthanen gegen solche ungültige Landesgesetze aufrecht zu erhalten suchen! Ich könnte einige aus neuern Zeiten nennen, aber — exempla sunt odiosa.

tion auch neues Vorbringen in Verbindung gebracht, so wird hierdurch die Natur der Appellation nicht verändert, und der rechtliche Grund zu dem neuen Vorbringen ruht nicht in seiner Eigenschaft eines zur Restitution qualificirten neuen Vorbringens.

XVII.

Manche Particulargesetze weichen von diesen Sätzen ab, und lassen in der Appellationsinstanz keine Nova zu. Der bayerische Judiciarcodex *a*) gehört in diese Classe, indem er das Vorbringen neuer Umstände nicht erlaubt, jedoch die Ausnahme billigt, wenn man sie erst nach dem richterlichen Spruche in Erfahrung brachte, oder wenn sie erst nach diesem ihr Dasein erhielten, worüber ein Eid geleistet werden muß. In diesem Fall werden sie zwar zugelassen, jedoch zur Erörterung an die erste Instanz zurückgeschickt, welche über die neuen Umstände nur die Verhandlungen instruirt, und die Akten zur Fällung des Urtheils an den oberen Richter einzuschicken verbunden ist. Es wäre

a) Cod. Iudic. Cap. 15. §. 5. vergl. Krüll Theor. prakt. Einleit. in die bayerische Civil-Gerichtsordnung. (Ingolst. 1797. 8) §. 525.

denn, daß es noch auf einen ordentlichen Beweis ankäme, welcher nicht nur in der ersten Instanz vollführt, sondern mit Vorbehalt weiterer Berufung dort entschieden wird.

Die neue königlich preußische Gerichtsordnung hingegen [b]) läßt bei der Appellation die Anführung neuer Thatumstände und Beweise zu; es sey mir daher erlaubt, in die Frage einzugehen, welche von beiden Gesezgebungen den Vorzug verdiene?

Nicht zu gedenken, daß in Ländern, welche mit einem unbeschränkten Appellationsprivilegium nicht versehen sind, sich eigne Schwierigkeiten bei vorkommenden Fällen, besonders wenn sie in der höhern Instanz an eines der höchsten Reichsgerichte devolvirt werden sollen, äußern würden, kann ich niemals die zu große Strenge einer Gesezgebung billigen, welche bei dem Rechtsmittel der Appellation die Anführung neuer Umstände und Beweise für unzuläßig erklärt.

Man hat es bei der Appellation mit dem ordentlichen Rechtsmittel zu thun, welches

b) Tit. XIV. §. 49. 56.

eine Begünstigung in Zulässigkeit der Vertheidigungsgründe fordert. Vorausgesezt, daß aus dem Urtheil schon nach der Lage der vorigen Verhandlungen eine Beschwerde hervorgeht, dient es sichtbar zur Abschneidung vieler Weitläufigkeiten, wenn den Parteien erlaubt wird, in der höhern Instanz alle Gründe vorzulegen, von denen die Anerkennung ihres streitigen Rechts abhängt; ohne diese vollständige Vertheidigung durch den Unterschied zwischen altem und neuem Vorbringen zu erschweren, dessen Gränzen sich oft unmerklich in einander verliehren. Auch finde ich bei einer so strengen Gesezgebung unauflößliche Zweifel. Ich seze den Fall, daß der Appellat den Ungrund des vom Appellanten verfolgten Rechts auch in Voraussetzung einer durch das vorige Urtheil zugefügten Beschwerde darlegen kann, so würde, wenn man ihn in der höhern Instanz verurtheilen, und mit seinem neuen Vorbringen an den vorigen Richter verweisen wollte, nichts entstehen, als ein sehr zweckloser Aufenthalt der Sache. — Und wollte man den Appellaten damit hören, so wäre es mit dem als unabänderliche Wahrheit geltenden Satze unvereinbar: daß die Rechte beider streitenden Theile gleich sind, wenn man den Appel-

lanten mit seinem neuen Vorbringen nicht hören wollte. Es bedarf also keiner weitern Ausführung, daß die Verordnung des römischen Rechts, welche auch von Reichsgesetzen anerkannt und in die neue Preußische Gerichtsordnung aufgenommen wurde, bei weitem den Vorzug verdient.

XVIII.

Nachdem vom Rechte, neue Umstände oder Beweise in der Appellationsinstanz vorzubringen, bisher gehandelt wurde, so müssen nun auch die Gränzen der Ausübung desselben untersucht werden.

1) Neues Vorbringen in der zweiten Instanz ist bedingt durch seinen Zweck, nämlich das Recht welches in den Verhandlungen der vorigen Instanz den Gegenstand des Streits ausmachte; niemals darf daher durch das neue Vorbringen die Identität des Streits gestöhrt werden. Schon die Natur der Sache gebietet diese Einschränkung, und die Gesetze bestätigen dieselbe. Den unbestimmten Ausdruck des römischen Rechts „quae non ad novum Capitulum pertinent“ *a*) machte die Kammerge-

a) L. 4. C. de tempor. et reparat. app.

richtsordnung sehr deutlich, da sie neues Vorbringen nur unter der Einschränkung zuläßt: „daß „die neuen Artikel der Klage in erster Instanz „eingebracht gemäß, und aus derselbigen gezogen seyn, und nicht auf andere Klagen oder „Sachen, darum nicht geklagt, gestellt werden“ *b*). Mit großer Bestimmtheit wird hier verordnet, daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage (genus actionis) noch eine Veränderung des Gegenstandes des Prozesses (objecti litis) enthalten dürfe. Bei einer aus einem Intestaterbrecht angestellten Klage kann in zweiter Instanz ein Testament nicht als ein zulässiges Novum betrachtet werden u. s. w. *c*)

2) Wenn Einreden durch ihre Vernachlässigung bei der Litiscontestation nach der bekannten Verordnung des jüngsten Reichsabschieds verloren sind; wenn Beweise wegen der Präclusiv-kraft des Beweistermins desert wurden; so können sie als Novum nicht mehr in der zweiten Instanz vorgebracht werden: denn sie sind einmal wegen der Präclusivkraft solcher Termine

b) Konz. der verb. K. G. O. Th. III. Tit 39. §. 4. Danz §. 416.

c) Vergleiche mein Handbuch B. I. Seite 499.

für alle Instanzen verloren. Als theoretischer Saz kann dieses wohl nicht widerlegt werden. Aber man muß das traurige Geständniß machen, daß sich die Verfasser des jüngsten Reichsabschiedes nicht gleich bleiben, daß sie in der Fassung des Appellationseides mit der einen Hand alles wieder zerstöhrt haben; was sie mit der andern zum wahren Vortheil des Justizwesens so schön aufgebaut hatten, daß sie mit dem Appellationseide der Chicane ein allzuweites Feld öffneten. — Kann eine Partei beschwören, daß sie das neue Vorbringen in voriger Instanz entweder nicht gewußt, oder es anzuführen nicht für dienlich oder nöthig geachtet habe (§. XI. u. XII), so steht ihr keine Präclusivkraft mehr im Wege; — und sichtbar ist hierdurch alles vernichtet, was darüber die Verfasser des jüngsten Reichsabschiedes über die Präclusivkraft zu verordnen sich so viele Mühe gaben. — Es ist Inconsequenz in den Gesetzen, die aber keinen Diener des Gesetzes zu einer Abweichung von den Gesetzen berechtiget, und der theoretisch richtige Saz verliehrt allen praktischen Werth, sobald der Appellant den bequemen Appellationseid schwört, der sogar darauf Rüksicht

nimmt, was eine Partei anzuführen für dienlich erachtete!

XIX.

B) Ist durch die Rechtfertigung der Förmlichkeiten und Beschwerden einer Appellation die Sache so weit gekommen, daß nunmehr der Richter in einem Bescheide die gebetenen Appellationsprozesse erkennt oder abschlägt, so wird durch eben diesen Bescheid, welcher den Namen Relevanzbescheid trägt, die Sache in eine Lage versezt, wo neue Wirkungen natürlicher Weise entstehen müssen. Schlägt sie der Richter ab, so wird die Sache an den Unterrichter zurückgewiesen, wenn anders dieser abschlägige Relevanzbescheid die Rechtskraft erhalten hat, da derselbe wie ich schon oben bewiesen habe a) auch ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne hier begründen kann. Erkennt er hingegen die Appellationsprozesse, so fließen hieraus besondere neue Folgen.

XX.

Es sey mir erlaubt, hiebei einige zum Theil noch nicht genug bestimmte Fragen zu erörtern.

a) Mein Handbuch B. I. Seite 137.

Man streitet nämlich darüber, ob, wenn die Formalien mangelhaft, Nothfristen verabsäumt, die Sache an sich an den Oberrichter nicht erwachsen, und dabei die Beschwerden unerheblich befunden werden, der Oberrichter die Formalien übergehen, und die Appellationsprozesse wegen Mangel der Beschwerde abschlagen könne, oder, was im Grunde *a)* eben so viel sagt: ob omisso puncto desertionis vel non devolutionis confirmatorie erkannt werden könne?

Hoscher *b)* hat sich über diese Fragen weitläufiger verbreitet, die Stimmen der Kameralsschriftsteller gesammelt, und am Ende, gestüzt auf kammergerichtliche Präjudicien in beiden Fragen sich für die bejahende Meinung erklärt, obgleich sonst bei der Nichtdevolution die Kameralschriftsteller andere Grundsätze aufstellen. — Es kann nur von Bestätigung des

a) Ich sage „im Grunde“, denn es ist einleuchtend, daß in dieser Rükficht das Endurtheil im Appellationsverfahren mit dem Relevanzbescheide in den Gründen, worauf er ruht, und in seinen Folgen identisch sey.

b) Sammlung merkwürdiger am k. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle. Th. I Seite 287. Th. II. Seite 276.

vorigen Urtheils, also von Abschlagung der Appellationsprozesse aus Mangel der Beschwerde die Rede seyn; denn daß die Erheblichkeit der Beschwerden nicht ein Ersaz für die mangelnden Fatalien und Formalien, deren Existenz vielmehr eine Bedingung sey, ohne welche die Gerichtsbarkeit des höhern Richters nicht begründet wird, ist bekannt.

Bei dem Falle, wenn nebst der Desertion auch die Beschwerden unerheblich sind, ergeht in den Territorialgerichten sehr oft der Bescheid: daß die gebetenen Appellationsprozesse theils wegen verabsäumter Nothfristen, theils wegen Unerheblichkeit der Beschwerden abgeschlagen werden, das Reichskammergericht giebt blos das Decret: abgeschlagen; aber der Reichshofrath, der sich bestimmter über den Grund des abschlägigen Decrets erklärt, erkennt in der Formel: „denegantur petiti appellationis processus tam ex defectu formalium quam materialium“ c, oder, wie ich noch eine vielleicht mehr passende finde: „hat die interponirte Appellation tam ex defectu formalium quam

c) Hanzely Grundriß des reichshofr. Verf. Band III. Abth. 1. Seite 36. unter den Beilagen

materialium nicht Statt, d). Sogar hat der kaiserliche Reichshofrath in Sache Kucher contra den Magistrat der Reichsstadt Augspurg appell. am 30. Apr. 1779. das merkwürdige Conclusum gefaßt: „Praevia brevi manu restitutione „contra Conclusum reinformatorialium praeclusivum werden nunmehr die gebetenen Appellationsprozesse abgeschlagen " e), welche Form in einer andern Appellationssache am 21. März 1780. beibehalten wurde f). Den Grund, warum der Oberrichter hier in eine Prüfung der Beschwerden eingehen kann, finde ich darin, daß er nach der Qualität der Sache über sie zu erkennen doch überhaupt befugt, und bei einem bloßen Desertionsbescheide in Gefahr ist, der Appellant möge gegen verabsäumte Nothfristen um Restitution bitten, und dadurch bei seinen unerheblichen Beschwerden eine ganz zwecklose Verzögerung verursachen. Strenge genommen bindet an diesem Bescheide nur die Desertion, und der Anhang wegen der Beschwerden ist nichts weiter, als ein Wink für den

d) Ebendaselbst Seite 35. 37.

e) Hanzely a. a. O. Seite 85.

f) Ebend. Seite 24.

Appellanten, daß schon im voraus der Werth seiner Beschwerden geprüft, aber von so geringem Gehalte befunden wurde, daß auch ein Restitutionsgesuch ihm den Weg zur Erkennung der Appellationsprozesse nicht bahne.

XXI.

Ganz anders hingegen denke ich über den Fall, wenn die Sache an den Oberrichter gar nicht devolvirt war. Hier mangelt es ihm überhaupt an dem Rechte, über die Erheblichkeit der Beschwerden, über die Materialien des Streits zu erkennen, dieses Recht hat er bei nicht devolvirten Sachen nicht einmal bedingt; er kann also über sie gar keine Entscheidung fällen, und sehr schön sagt unter andern Schriftstellern des kammergerichtlichen Prozesses Bocken: „In „casu tamen non devolutionis Camera de „causa principali nullatenus pronuntiat, licet „sententia prior confirmanda foret, idque ob „omnimodam jurisdictionem cessantem“ *a*). Darum erkennt auch in einem solchen Falle der kaiserliche Reichshofrath, dessen Formen so richtig abgemessen sind, daß „die nachgesuchten

a) ad Blumium Tit. 55. num. 20.

„Appellationsprozesse als in einer anher nicht erwachsenen Sache nicht Statt haben“ *b*).

Man überzeugt sich auch bald von der Wahrheit meiner Behauptung, wenn man sich in dem Appellationsrichter einen Gerichtshof denkt, welcher noch einen höhern Richter über sich anerkennt. Wie leicht könnte da eine unerträgliche Verwirrung der Gerichtsstände entstehen, wenn der mittlere Richter über den Punkt der Nichtdevolution hinweggegangen wäre, und durch ein confirmatorisches Erkenntniß Gelegenheit gegeben hätte, auch noch in der obersten Instanz alle Nichtigkeiten zu vermehren, welche von dem Urtheile eines ganz unbegründeten Gerichtshofes unzertrennbar sind? Niemals, selbst bei den höchsten Reichsgerichten, kann ich daher in einer nichtdevolvirten Sache rathen, über die Erheblichkeit der Beschwerden zu erkennen. Auch will Hofcher selbst seine Meinung auf den Fall einschränken, wenn die Nichtdevolution zweifelhaft ist; allein diesen Zweifel muß der Richter erst durch ein Erkenntniß über seine Zuständigkeit heben, dieser Grund ist also mit den Verbindlichkeiten des Richters nicht zu vereinbaren.

b) Hanzely a. a. O. Seite 19. u. 20.

XXII.

Werden aber die Appellationsprozesse erkannt, so ist dieses Dekret niemals ein Urtheil, gegen welches der Appellat ein Rechtsmittel ergreifen könnte, denn er hat wider das Vorbringen des Appellanten seine Rechte noch nicht vertheidigt, der Richter konnte also die Absicht gar nicht haben, etwas wider ihn zu entscheiden. Alle Einreden, selbst jene der Desertion oder Nichtdevolution kann er vorbringen, er kann gegen die, einer Appellation zugestandene, Suspensivkraft Vorstellungen machen, in Beziehung auf den Appellaten sind erkannte Appellationsprozesse nichts als eine Ladung, identisch mit der Ladung, welche auf die Klage folgt.

Verschieden sind indessen die Wirkungen einer Appellation nach erkannten Appellationsprozessen; einige derselben entspringen allemal aus dieser Erkennung, andere sind vom Unterschiede abhängig, je nachdem vollständige oder unvollständige Appellationsprozesse erkannt wurden.

XXIII.

Nebst der Prävention des Gerichtsstandes, welche aus den erkannten Appellationsprozessen

immer a) entsteht, und nebst den allgemeinen Wirkungen, welche dieselben als eine erkannte Ladung hervorbringen, sind hier nur diejenigen Folgen aufzuzählen, welche aus ihnen nach den besondern Verhältnissen einer Appellationssache hervorgehen.

1) Die Zulässigkeit der Appellation ist nunmehr minder problematisch, wenigstens in so weit, daß der vorige Richter sich nicht mehr darein mischen kann, sondern seine Ueberzeugung der Bestimmung des Oberrichters schlechterdings unterwerfen muß. Sie kann aber noch immer durch Einreden des Appellaten problematisch gemacht werden, der sich mit den Einreden der Desertion oder Nichtdevolution schützen kann.

2) Die Rechtskraft des Urtheils ist gehemmt; das in der vorigen Instanz Erkannte ist problematisch, und wird als der Gegenstand eines neuen Streits in der höhern Instanz betrachtet.

a) Daß diese Prävention auch noch früher, aus anderen Verfügungen und Dekreten des Oberrichters, entspringen könne, wird im reichsgerichtlichen Prozesse genauer zu erörtern seyn.

3) aus diesem Grunde ist nunmehr die Gerichtsbarkeit des Unterrichters bis zum Ausgang des Streits in der höhern Instanz suspendirt, und insoweit enthalten alle erkannten Appellationsprozesse eine Inhibition, daß der Unterrichter in der Sache, soweit Appellationsprozesse erkannt wurden, sich kein weiteres Erkenntniß anmasse.

4) Insbesondere ist dieser Saz bei Appellationen von gemeinen Interlocutorien von Folgen, da bis zu diesem Augenblicke der Unterrichter in der Sache forthandeln konnte, aber nunmehr diese Gewalt ihm entzogen ist (§. III.).

5) Daß aber auch nach erkannten Appellationsprozessen die Appellation keine gemeinschaftliche Wohlthat, daß der Appellant befugt sey, vor der Erklärung des Appellaten auf sein Rechtsmittel Verzicht zu leisten, und dadurch eine Adhäsion des Appellaten zu hindern, ist schon in der vorhergehenden Abhandlung ausführlich bewiesen worden, und wird einleuchtend, wenn man die erkannten Appellationsprozesse in die Kathegorie einer auf erhobene Klage erkannten Ladung stellt, wo der Kläger vor Einlangung

des Exceptionssatzes durch einen Verzicht die Ladung mit allen ihren Folgen, insbesondere dem Rechte des Beklagten, eine Widerklage anzustellen, vernichten kann.

XXIV.

6) Nach erkannten Appellationsprozessen bildet sich zwar ein neuer Streit bei dem Oberrichter, aber sein Gegenstand ist die Rechtmäßigkeit des vorigen Urtheils, welche nur aus den vorigen Akten erkannt werden kann. Und schon dies beweißt, daß das neue Verfahren in der zweiten Instanz auf die vorigen Verhandlungen gebaut werde, diese also einen Theil der Appellationsakten ausmachen, woraus denn die Nothwendigkeit der Compulsorialien, als eines Bestandtheils der Appellationsprozesse von selbst erhellet.

Manche Landesgesetze verbinden den Appellanten, seinem Beschwerdenlibelle die Akten erster Instanz beizulegen. Zur Prüfung der Beschwerden ist dies wohl das zuverlässigste Mittel, aber es ist mit einem bedeutenden Aufwand für die Appellanten verbunden, erzeugt öfters, wenn bei voluminösen Akten der Appellant die Abschrif-

ten nicht bald genug erhält, und um Fristverlängerung zur Einbringung des Beschwerdenlibells bittet, Aufenthalt der Sache, und ist ein Mittel, dessen wahrer Zwek vor erkannten Appellationsprozessen noch nicht existirt. Ich würde demnach zu diesem Mittel nicht rathen; wo indessen solche Landesgesetze vorhanden sind, fällt diese Folge der Appellation, als schon vorher erfüllt, hinweg, ohne daß man die übrigens erkannten Appellationsprozesse für unvollständig halten könnte.

XXV.

7) Unabhängig von den Gesinnungen des Unterrichters bestimmt der Oberrichter auch dieses, ob die Appellation die Vollstreckung hemme oder nicht? In der Regel ist die Appellation ein Suspensivmittel, und es bedarf einer ausdrüklichen Erklärung des Oberrichters, wenn diese Wirkung nicht Statt finden soll. Die Reichsgerichte pflegen allemal, wo sie eintritt, Inhibitorialien an den Unterrichter zu erlassen, aber in den Territorialgerichten ist dies nicht allgemeine Sitte in Deutschland, sondern da läßt der Unterrichter der Regel nach das Urtheil unvollstreckt, bis vom Oberrichter eine andere Bestim-

mung erfolgt. Nur wenn der Unterrichter einer Appellation die Suspensivkraft versagt hat, und der Oberrichter ihr sie zuerkennt, oder wenn im umgekehrten Falle der Oberrichter einer Appellation die vom Unterrichter zugestandene Suspensivkraft abspricht, so erfolgt vom Oberrichter darüber eine ausdrükliche Bestimmung, von welcher es dann abhängt, ob die Appellation nebst den im vorhergehenden Paragraph angeführten Wirkungen die Suspensivkraft habe oder nicht.

XXVI.

C.) Man stellt gewöhnlich das Verfahren nach erkannten Appellationsprozessen dem Verfahren in der vorigen Instanz gleich, sieht den Beschwerdenlibell als eine Klage, den Appellanten als Kläger an, und hält eine nähere Ausführung eben nicht für nothwendig. Als Regel, nach welcher der Prozeßgang beurtheilt wird, ist der angegebene Gesichtspunkt richtig, aber er bedarf, damit er auch bei seiner Anwendung nicht irre führt, einiger nähern Bestimmungen.

1) Was in der vorigen Instanz in einer ausserordentlichen Prozeßart anhängig war, be-

hält auch in der höhern Instanz diese Verfahrungsart bei. Ein durch Appellation an den höhern Richter gebrachter Streit im Executivprozesse verträgt auch in der Appellationsinstanz kein Vorbringen, welches nicht durch schleunige Beweismittel dargethan werden kann, und eine im unbestimmten summarischen Processe verhandelte Sache, wird auf gleiche Art in der zweiten Instanz erörtert. In deutschen Territorialgerichten ist es in solchen Appellationssachen sehr gewöhnlich und zwekmässig, bei der Mittheilung des Beschwerdenlibells eine Tagsfarth zur schlüssigen Verhandlung der Sache anzuberaumen.

2) Foridеclinatorische Einreden sind zulässig, und zu ihnen kann man auch die Einreden zählen, welche gegen die Begründung der Gerichtsbarkeit des Oberrichters aus dem Mangel der Fatalien, Formalien oder Qualitäten der Sache fliessen. Nur haben die Einreden, welche aus dem Abgange der Formalien oder aus der Nichtdevolution hergenommen werden, nach der ausdrüklichen Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes *a*) das Besondere an sich, daß mit ih-

a) §. 70. Vergl. Konz. der verb. K. G. O. Th III. Tit. 38. §. 4. u. 6.

nen eventualiter die Einreden gegen die Beschwerden selbst verbunden werden müssen, ohne einen Unterschied zwischen Appellationen von Endurtheilen oder von gemeinen Beiurtheilen anzunehmen; wodurch also zum Theil die Wirkungen foridedclinatorischer Einreden, wie sie im ersten Verfahren vom jüngsten Reichsabschiede *b*) bestimmt wurden, hinwegfallen.

XXVII.

3) Da eine eigentliche Litiscontestation bei der Appellation nicht mehr nothwendig ist, diese vielmehr schon aus den vorigen Verhandlungen vorausgesezt wird, so können gemeine verzögerliche Schuzreden, wenn sie nicht erst durch eine Veränderung der Umstände begründet wurden, nicht gebraucht werden.

4) Wenn aber der Appellant in seinem Beschwerdenlibelle neue Umstände vorbrachte, so fordert die Natur der Sache und das ausdrükliche Gesez *a*), daß auf sie der Appellat sich eben

b) §. 40.

a) R. A. 1570. § 91. Konz. d. K. G. O. Th. III. Tit. 38. §. 4. spricht bei Appellationen ausdrüklich von einer Litiscontestation.

so deutlich und bestimmt erkläre, wie es der Beklagte auf die Umstände der Klage thun muß, also bei einer verneinenden Antwort auf jeden abzuläugnenden Umstand besonders. Die Folgen der unterlassenen speciellen Antwort müssen nach der Analogie des jüngsten Reichsabschiedes aus dem ersten Verfahren bestimmt werden, mit besonderer Rükficht auf dasjenige, was ich zu seiner Erklärung über den Saz: qui excipit, non fatetur im ersten Bande [b]) angeführt habe.

XXVIII.

5) Die Einlassung auf die Klage, mit welcher man in vielen Punkten die Antwort des Beklagten gleich stellt, hat auch die Wirkung, daß durch Prorogation die Gerichtsbarkeit eines sonst nicht zuständigen Richters begründet wird. Allein bei Appellationen kann von diesem Saze kein Gebrauch gemacht werden, und es gehört zu den Pflichten des Richters, noch bei dem Endurtheile von Amtswegen auf die, wegen verabsäumter Termine oder mangelnder Eigenschaften der Sache, nicht begründete Gerichtsbarkeit Rükficht zu nehmen, wenn auch

b) Handbuch B. I. Seite 436.

beide Theile, sich in der Appellationsinstanz eingelassen haben, ohne die Einrede der Desertion oder Nichtdevolution entgegen zu setzen. Alle Kameralschriftsteller vertheidigen diesen Saz *a*), und er läßt sich durch viele Präjudicien der Reichsgerichte bestätigen; die ältern vom Reichskammergericht hat Hoscher *b*) angeführt, und noch im Jahre 1781. hat der kaiserliche Reichshofrath in Sachen Burgermeister und Rath zu Ebermannstadt contra das Kloster Michelsberg ob Bamberg, appellat. eine Zehendgerechtigkeit betreffend nach ganz geschlossenen Verhandlungen das Conclusum gefaßt: „Fiat sententia absolutoria dahin, daß, nachdem pars appellans „die nöthige formalia versäumt, die Appella„tion für desert zu erklären sey, compensatis „expensis“ *c*).

a) Gail obs. Lib. 1- obs. 137. Roding Pand. Camer. Lib. 1. Tit. 32. §. 4. 35. 57. Cramer Observ. tom. 1. Seite 263.

b) Samml. merkw. Rechtsfälle Th. 1. Seite 289.

c) Hanzely Grundriß Th. 3. Abth. 1. Beil. Seite 167.

XXIX.

6) Abgerechnet diese Folge, entsteht übrigens eine neue Rechtshängigkeit der Sache bei dem oberen Richter. Insbesondere

7) kann nunmehr der Appellat erst von der gemeinsamen Wohlthat der Appellation durch einen ausdrüklichen Antrag auf Abänderung des Urtheils zu seinem Vortheil Gebrauch machen. Dies ist die Adhäsion im eigentlichen Sinne, welche man als eine besondere Wirkung betrachten muß, die erst aus der Antwort des Appellaten auf den Beschwerdenlibell entspringen kann, und wodurch der Appellat ein besonderes Recht erhält, welches ihm der Appellant durch einen Verzicht auf die Appellation nicht entziehen kann, so bald der Appellat seine Adhäsion fortsetzen will.

8) Eine Widerklage kann der Appellat nicht mehr anstellen; er würde seinem Gegner das Recht der ersten Instanz entziehen, und hat auf sie Verzicht geleistet, da er sie bei der Einlassung auf die Klage nicht vorbrachte. Würde aber auch keiner dieser beiden Gründe wirken, so scheint mir dieser vorzüglich zu entscheiden, daß bei der immer als möglich zu denkenden Zu-

rückweisung der Sache an den vorigen Richter eine unheilbare Verwirrung durch eine erst in der höhern Instanz angebrachte Widerklage entstehen würde *a*).

9) Auch der Appellat hat das Recht, sich durch neue Gründe oder Beweise zu vertheidigen, und es leidet keinen Zweifel, daß sein Recht und dessen Gränzen nach den nämlichen Grundsätzen abgemessen werden müssen, welche oben vom Appellanten vorgezeichnet wurden (§. VIII — XVIII); denn die Rechte der streitenden Theile sind gleich. Diese Befugniß des Appellaten, Nova vorzubringen, ist unabhängig davon, ob der Appellant Nova beibrachte oder nicht, wie aus dem jüngsten Reichsabschiede *b*) deutlich zu entnehmen ist.

a) Das Gegentheil behaupten die Gebrüder Overbeck Medit. über verschied. Rechtsmater. Th. VII. Med. 353.

b) § 71. „Auch in Fällen, da der Appellant nichts „Neues einbringet, sondern nur Acta der vorhergegangen Instanz loco gravaminum erholen würde, solle der Appellat in diesem primo „Termino, wann er auch nichts Neues „einzubringen hat, auf eben dieselbe Acta „auch alsobald schließen.“

10) Als Beklagter hat der Appellant das lezte Wort, in der Regel wird bis zur Duplik verhandelt, und was vom Aktenschlusse in der ersten Instanz gesagt wurde, findet auch hier seine volle Anwendung.

XXX.

11) Eine genauere Untersuchung verdient die Frage: ob der Appellat gegen den Willen des Appellanten durch seine Einreden Punkte bei dem höhern Richter anhängig machen könne, worüber nicht appellirt wurde? oder, was auf diesen Grundsaz hinausgeht: ob bei Appellationen von blossen Zwischenbescheiden auch über die Hauptsache selbst, wenn der Appellat es verlangt, obgleich der Appellant contradicirt, gesprochen werden könne?

Die ältern Kameralschriftsteller, welche Hoscher a) der Reihe nach aufführt, äussern Meinungen, welche auf so unrichtigen Grundsätzen beruhen, daß man sich nicht genug wundern kann, wie so eine Meinung sich bis auf den heutigen Tag erhalten konnte. Sie kommen,

a) Ad Ordinat. Cameral P. III. Tit 28. num. 68.

so verschieden auch die Fälle sind, welche sie aufführen, alle in der bejahenden Meinung übereinhören wir doch ihre Gründe! —

Die Assessoren Koch führen nur den einzigen Grund an: „jam enim omnis potestas ad judicem ad quem delata est.“ — Die Appellation ist der Grund dieser Devolution, nur insoweit kann demnach die Gerichtsbarkeit des Oberrichters für begründet geachtet werden, als appellirt wurde. Wie viel richtiger urtheilt Böhmer *b*), wenn er sagt: „Est appellatio„nis haec ratio, quod per eam non tota „causa ad judicium superius sed illud tan„tum causae momentum, in quo provo„catum est, devolvatur, et eatenus „iudicis inferioris iurisdictio suspendatur — „ne latius pateat effectus, quam eius causa“.

Gail *c*) setzt den Grund in der Begünstigung des Appellaten, als ob nur zu dessen Vortheil der Satz gelte, daß die Sache an den

b) De appellat. interpos. renunciat. §. 21. in seinen Elect. Iur. Civ. tom. 1. Seite 438. man sehe auch das cap. 59. X. de appellat.

c) Observ. Lib. 1. obs. 136.

Oberrichter blos insoweit devolvirt sey, als appellirt wurde; weshalb dem Appellanten das Recht abgesprochen wird, gegen den Willen des Appellaten die Sache über die natürlichen Gränzen der Appellation bei dem Oberrichter anhängig zu machen. Als ob die Rechte beider streitenden Theile nicht gleich wären, und als ob nicht jeder Theil ein Recht hätte, nur nach den rechtlichen Folgen seiner Handlungen beurtheilt zu werden, ein Recht, welches ihm gegen seinen Willen von seinem Gegner nicht entzogen werden kann! *d*)

Sonderbar klingt es, wenn Mynsinger *e*) und sogar Böhmer *f*) bei einer unbedingt (simpliciter) vom Unterrichter geschehenen Deferirung behaupten: daß der Oberrichter die ganze Sache an sich ziehen könne, weil der Unterrichter durch die Art, wie er der Appellation deferirte, seine ganze Gerichtsbarkeit in dieser Sache aufgegeben habe. Allein die Appellation ist

d) Böhmer a. a. O. §. 24.

e) Centur. 2. obs. 4. Cent 4. obs. 46.

f) a. a. O. §. 22. Doch nimmt er den Fall aus, wenn der Unterrichter aus Verehrung gegen den Oberrichter der Appellation deferirte.

Handlung der Partei, nicht Handlung des Richters, wie will man ihre Rechtsfolgen aus den Handlungen des Richters bestimmen? — Der Appellant hat ein Recht auf die erste Instanz, so weit die Sache nicht durch die Appellation an den oberen Richter devolvirt wurde, welches ihm der Richter durch unbedingte Deferirung nicht entziehen kann, besonders da die Handlung, welche Mynsinger unterstellt, wo nämlich der Unterrichter einer frivolen Appellation deferirte, eine Unwissenheit oder Nachlässigkeit in sich faßt, und kein Gesez die Rechte der Parteien von solchen richterlichen Handlungen abhängig machen kann! Der Richter kann durch Nichtdeferiren dem Appellanten seine Rechte nicht entziehen, und durch Deferiren dies noch weniger thun.

Gilmann g) sucht einen andern Grund auf, er glaubt der Appellant könne sich auf Litispendenz vor dem Untergerichte nicht berufen, da er dieses durch seine Appellation selbst zu umgehen sucht. — Sichtbar wird die Wirkung über die Gränzen ihrer Ursache hinausgerükt, denn

g) Symphor. Tom II. Part. II. vot 20. nr. 5.

der Appellant kann die Gerichtsbarkeit des Unterrichters nicht über die rechtlichen Folgen seiner Appellation suspendiren, also kann diese auch gegen ihn nicht über diese Gränze wider seinen Willen für suspendirt geachtet werden.

Nicht ein Gesez, sondern nur die sonderbarsten Gründe, welche insgesammt die Kritik nicht aushalten, führt man an, um eine Meinung zu vertheidigen, welche die Natur der Sache ganz gegen sich hat, und schon in dem einfachen Satze ihre Widerlegung findet, daß die Wirkung nicht größer seyn darf, als die Ursache.

XXXI.

Wer wird sich nicht mit mir wundern, daß eine so unzusammenhängende Meinung auch noch in die Werke der neuern Schriftsteller des kammergerichtlichen Prozesses *a*) übergieng, und wer wird nicht die allzugrosse Anhängigkeit an

a) Roding Pand. Camer. Lib. 1. Tit. 17. §. 23. Lib. 3. Tit. 31. §. 17. Ludolf Com. syst. de Iure Cam. Seite 138 Cramer Obs. Tom. 1 obs. 247. und in seinen wezlar. Nebenstund. Th. 94. Seite 81.

die Präjudicien beklagen, der wir diese Meinung allein zuschreiben müssen?

Zwar scheint eine Stelle des kanonischen Rechts *b*) diese Meinung zu begünstigen; aber man darf sie nur lesen, um sich zu überzeugen, daß sie nur von Appellationen an den römischen Hof handelt, und daß sie nur in dem gränzenlosen Bestreben der Päpste, ihre Gerichtsbarkeit über alle Gränzen des Rechts willkührlich zu erstrecken, ihren Grund hat; folglich kein allgemeines Gesez für alle Appellationen ist. Aber selbst gegen den römischen Hof waren wir Deutsche doch endlich mit unsern Rechten näher bekannt, und unsere Nation muthiger geworden, um dieser Allgewalt Gränzen zu setzen, da wir auf der tridentinischen Kirchenversammlung *c*) auch gegen den Papst das Recht der ersten Instanz durch einen Schluß gesichert erhielten, weshalb nach der gegründeten Meinung angesehener Canonisten *d*) von dieser Stelle des kanonischen

b) cap. 1. de appellat. in 6. seine Geschichte liefert Böhmer a. a. O. §. 25. 26.

c) Cap. 20. sess. 24. de reformat.

d) Gonzalez Tellez Comment. ad Decret. ad C. 67. de appellat. num. 7. Tom. II. Seite 890.

Rechts in Deutschland weiter kein Gebrauch gemacht werden kann.

XXXII.

Man muß also vom Recht der ersten Instanz, als der vorzüglichsten selbst durch Reichsgesetze *a*) geheiligten Maxime ausgehen, welche jedem streitenden Theile Rechte verleiht, die ihm wider seinen Willen weder durch Handlungen seines Gegners, noch durch Handlungen des Richters entzogen werden können. Als eine nothwendige Folge geht aber hieraus der Saz hervor: daß, wenn eine Sache durch Appellation der ersten Instanz entzogen wird, diese Wirkung genau nach dem Umfange der Ursache abgemessen werden muß, woraus es denn erhellt, daß der Appellant so wenig als der Appellat einseitig wider den Willen seines Gegners diese Wirkung vergrössern, und die erste Instanz in Ansehung eines Punkts übergehen kann, welcher durch den Zwek der Appellation dem Erkenntniß des Oberrichters nicht unterworfen ist; denn so bald man dieses dem Appellanten nicht zugestehen kann, so ist es dem Appellaten sogleich abgespro-

a) Wahlkap. Art. XVIII. §. 4.

chen, weil die Rechte beider streitenden Theile gleich sind. Nur wechselseitige Einwilligung beider Parteien, welche auch stillschweigend durch Einlassung auf die sonst nicht devolvirten Gegenstände erklärt wird, kann, als Folge der darin liegenden Prorogation, einen solchen Gegenstand bei dem Oberrichter ausnahmsweise anhängig machen.

XXXIII.

D) Nach den Verhandlungen erfolgt in der Appellationsinstanz das Urtheil, welches mit dem Urtheil der ersten Instanz identisch ist. Es kann ein Definitivurtheil oder ein Zwischenbescheid auf Beweis seyn, und kann als Ausspruch des Richters nach gepflogenen Verhandlungen in Rechtskraft übergehen, eben deshalb auch Rechtsmittel veranlassen, welche nunmehr ganz aus der Natur des gewählten Rechtsmittels beurtheilt werden müssen; das Urtheil mag übrigens ein abänderndes oder bestätigendes seyn. Nur das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheint einen Unterschied zu fordern, um richtig bestimmen zu können, ob der in der zweiten Instanz unterliegende Theil dasselbe bei dem Richter erster oder zweiter Instanz anbringen müsse?

War das Urtheil bestätigend, so wird die Sache vom Oberrichter an den Unterrichter zurückgewiesen. Der Oberrichter hat den ganzen Zweck seiner Thätigkeit erfüllt; man wird nach dem ersten nun nicht ferner problematischen Erkenntniß behandelt; man kann dem Unterrichter sagen, daß er ein anderes Urtheil gefällt haben würde, wenn ihm bei den ersten Verhandlungen das neue Vorbringen schon bekannt gewesen wäre; also muß man auch sich mit dem Gesuche an den Unterrichter wenden. Denn da einmal die Restitution keine Devolutivkraft hat a), so darf man sich mit diesem Rechtsmittel an den höhern Richter nicht wenden, so bald der Antrag bei dem Unterrichter geschehen kann; der Schluß vom können auf müssen ist hier bindend. Aber eben darum kann gegen ein reformatorisches Erkenntniß um Restitution nicht bei dem Unterrichter gebeten werden, da eines Theils dieser nicht mehr über sein Urtheil, sondern über das Erkenntniß des höhern Richters urtheilen würde, andern Theils man dem Unterrichter das, was doch das Wesen der Restitution ausmacht: daß er nämlich bekannt mit dem neuen

a) Meine Erörterungen Seite 202.

Vorbringen schon in der ersten Instanz ein anderes Urtheil gegeben haben würde, in dem angegebenen Fall auf keine Weise sagen kann.

XXXIV.

Der Oberrichter hat den Zweck der höhern Instanz noch nicht erreicht, wenn er nur einen Zwischenbescheid, ein Beweisinterlocut gefällt hat; denn noch sind nicht die Mittel erschöpft, welche die Entscheidung, so weit die Sache an den Oberrichter devolvirt wurde, vorbereiten. In einem solchen Fall wird also erst der Beweis in der höhern Instanz vollführt, und es kann von Zurükweisung der Sache an den vorigen Richter noch keine Rede seyn: da das Urtheil in Beziehung auf den Rechtsbestand des vorigen Urtheils weder bestätigend noch abändernd ist. Hat aber der Richter seinen Ausspruch über den Rechtsgrund der Appellation definitiv gegeben, sollte auch das Urtheil voriger Instanz nur ein Interlocut seyn, so hegen die Rechtsgelehrten sehr verschiedene Meinungen darüber, ob und wann der Oberrichter die Sache an den Unterrichter zurückweisen könne und müsse? Einige glauben, daß auch bei der Bestätigung eines Definitivurtheils vom Oberrichter es abhänge,

ob er die Vollstreckung selbst vornehmen, oder sie dem Unterrichter überlassen wolle *a*)? Andere verbinden den Oberrichter bei einem bestätigenden Erkenntnisse, die Sache an den Unterrichter zurückzuweisen, gestehen ihm aber die Macht zu, in der Sache fortzufahren, oder das Urtheil selbst zu vollstrecken, wenn er das erstrichterliche abänderte *b*), welches Danz *c*) auch bei einem theils bestätigenden, theils reformirenden Urtheil annimmt. Mögen auch einige Stellen des kanonischen Rechts hiemit übereinstimmen *d*), so ist doch hierdnrch der Gegenstand weder erschöpft, noch auf eine Weise entschieden, wie es der Geist unseres heutigen Rechts zu fordern scheint.

Einverstanden bin ich damit, daß bei einem bestätigenden Erkenntnisse die Sache an den Unterrichter zurückgewiesen werden muß, ohne

a) Leyser Spec. 656. med. 1.

b) Böhmer Princ. Iur. Can. §. 841. Tafinger Instit. Iurispr. camer. §. 639.

c) §. 431. und die von ihm angeführten Schriftsteller.

d) cap. 59. und 61. X. de appellat.

daß der Oberrichter nach seiner Willkühr in dieser Zurückweisung handeln könnte; Vernunftgründe und positives Recht e) verordnen es, und wer mögte wohl an deren Stelle Willkühr setzen? Wenn man aber bei einem reformatorischen Erkenntnisse unbedingt die ganze Sache an den Oberrichter verweisen will, so stellt man einen nicht allenthalben brauchbaren Saz auf. Nehme man nur den einzigen Fall: der Unterrichter habe durch ein Interlocut seine Gerichtsbarkeit für begründet erklärt, und der Oberrichter fände diese nicht gegründet; wer würde die ganze erste Instanz für umgangen erklären, und eine Meinung unterschreiben, welche beiden Theilen, sogar dem Appellaten das Recht der ersten Instanz abschnitte, und dem dritten Richter wegen eines beschwerenden Urtheils eines andern Gerichtshofs seine Gerichtsbarkeit schmälerte?

XXXV.

Man muß wirklich annehmen, daß erst seit Errichtung der höchsten Reichsgerichte und der daraus geflossenen allgemeinen Verbesserung

e) Das angeführte cap. 59.

des Justizwesens in Deutschland das Recht der ersten Instanz feierlich allgemein anerkannt, und mit seinen Folgen in allen Theilen des Verfahrens nach und nach so vollkommen ausgebildet wurde, daß diejenige Verordnung der fremden Rechte, welche eine Verletzung dieses Rechts enthält, durch den Geist dieser Reichsgrundgesetze für aufgehoben geachtet werden muß, Erhaltung des Rechts der ersten Instanz ist also allgemeine Maxime des gerichtlichen Verfahrens in allen seinen Theilen, der wir sogar den Saz verdanken, daß die Restitution keine Devolutivkraft habe. Auch die Wirkungen der Appellation müssen diesem höhern Gesetze untergeordnet werden, und wenn nur die Appellation einen Rechtsstreit an den oberen Richter bringt, so kann dessen Gerichtsbarkeit nicht weiter begründet, die erste Instanz nicht weiter umgangen werden, als der Zweck der Appellation forderte; alles gerichtliche Verfahren ist bedingt durch seinen Zweck und von Rechtsmitteln kann nichts anders gelten. War also der Gegenstand der Appellation nur ein simmples Zwischenurtheil, so ist von der Hauptsache gar nichts an den Oberrichter devolvirt; hier muß demnach die Hauptsache an den Unterrichter zurückgewiesen

werden, weil man sonst den Parteien in der Hauptsache die erste entzöge (Vergl. §. XXX — XXXII.). Dies erkennen selbst die höchsten Reichsgerichte, da sie bei offenbar gegründeten Beschwerden über das Verfahren des Richters Statt der gebetenen Appellationsprozesse die Sache mit einer Ordination, welche immer eine Art von abändernden Erkenntniß ist, an den Unterrichter so häufig zurückweisen.

XXVI.

Bei einem die Hauptsache selbst betreffenden abändernden Erkenntnisse gilt es entweder nur der Vollstreckung, oder einem weitern Verfahren. Dort hat der Oberrichter das Recht zur Vollstreckung, da es eigentlich sein Erkenntniß ist, welches realisirt werden soll; doch kann er in seinem Namen die Vollstreckung dem Unterrichter auftragen, wie von den Reichsgerichten sogar nach den Verordnungen der Reichsgerichte geschehen muß. Nur da, wo der Reichsstand in solchen Vollstreckungen säumig ist, wird demselben angedroht, daß auf dessen Kosten die Execution einem benachbarten Reichsstande aufgetragen werden solle *a*).

a) Beispiele siehe bei Hanzely a. a. O. S. 177

res Verfahren nothwendig, so scheint der Reichs-hofrath noch dem richtigen Grundsaz von Erhaltung des Rechts der ersten Instanz zu unterscheiden: ob über den nämlichen Gegenstand, welchen die weitern Verhandlungen betreffen, der Richter erster Instanz schon erkannt hatte, oder nicht. Im ersten Falle führt der Reichshofrath auch die weitern Verhandlungen fort, und sezt Termine zur Abhörung der Zeugen, Eides-leistungen u. s. w. an. Im lezten Falle hingegen verweißt er die Sache an den Unterrichter, um nach gepflogenen Verhandlungen die Sache zu entscheiden, so weit sie selbst nach dem erstrichterlichen Urtheil unentschieden ist. Sehr merkwürdig ist das vom kaiserlichen Reichshofrathe in Sache Bourne contra Plaz et Consort. appellationis am 9. August 1784. gefaßte Conclusum, in dessen ersten Absaz ein Theils reformirendes Theils bestätigendes Erkenntniß gefällt, und im zweiten Absaz gesagt wurde: „Hoc notificetur judici „a quo per rescriptum cum injuncto: darnach „die Liquidation, mithin die Endschaft der Sache „rechtlicher Art nach, jedoch ohne weitläufigen „Prozeß, wie es sich in Merkantilsachen, zu-„mal mit Fremden gebühre, zu befördern“ *b*);

b) Hanzly a. a. O. S. 174.

wodurch die von mir gemachten Unterschiede vollkommen bestärkt werden, welche auch auf so allgemein gültigen Gründen ruhen, daß ihre Anwendbarkeit bei den Territorialgerichten wohl nicht in Zweifel gezogen werden kann.

XXXVII.

Sollte endlich das erstrichterliche Urtheil vom Oberrichter zum Theil abgeändert und zum Theil bestätigt worden seyn, so lehrt der Saz: die Wirkung darf nicht größer seyn als die Ursache, daß man darauf sehen müsse, ob das Urtheil in Hauptpnnkten oder nur in Nebenpunkten reformirt wurde. Im ersten Falle findet nach den im vorigen Paragraph vorgetragenen Grundsäzen eine Remission der Sache an den Unterrichter nicht Statt; im lezten Falle hingegen muß die Sache an den Unterrichter remittirt werden. Ganz übereinstimmend mit diesen Grundsäzen hat der kaiserliche Reichshofrath am 17. März 1778. in Sache von Thüngen contra den Grafen von Elzkampenich appellat. erkannt: „1) „fiat sententia quoad causam principalem „confirmatoria, puncto expensarum refor- „matoria dahin: daß die in erster Instanz auf- „gelaufene Unkosten gegeneinander zu vergleichen

„ und aufzuheben compensatis quoque expen-
„ sis huius instantiae; idque 2) notificetur
„ judici a quo per rescriptum pro complemen-
„ to justitiae“ *a*) eine Formel, wodurch eine Appellationssache vom Reichshofrathe an die vorige Instanz zurückgewiesen wird.

a) Hanzely Grundriß Band 3. Abth. 1. Beil. S. 172.

XL.

Prüfung der Sachen, worin Appellationen gewöhnlich für unzulässig ausgegeben werden.

I.

Wenn man Rechtsmittel nach den obersten Gründen, worauf auch ihre Sanction beruhet, und die Appellation als das ordentliche Mittel betrachtet, Rechtsverletzungen von sich abzuwenden, welche durch Erkenntnisse des Richters zugefügt wurden, so kömmt man bald zur Ueberzeugung, daß die Appellation in allen Sachen der Regel nach zulässig sey; denn die Abschneidung eines so allgemein sanctionirten Vertheidigungsmittels kann nur als Ausnahme und nur da gelten, wo sie aus hinreichenden Gründen gerechtfertiget wird.

Bei diesen Ausnahmen scheint mir aber der Mangel an Einheit und Richtigkeit der Grund-

säze in dem, was bisher gelehrt wurde, sehr auffallend, und eine kritische Prüfung der Grundsäze von unverkennbarem Nuzen zu seyn.

II.

I. Peinliche Fälle können durch Appellation an die Reichsgerichte nicht devolvirt werden. Dies beruht auf klaren Reichsgesezen. Aber man hat ganz vergessen, daß hier die Reichsgesezze nicht ohne Einschränkung als Quelle des gemeinen Rechts in Deutschland anzusehen sind, wenn man diesen Grundsaz, der offenbar nur in dem eigenthümlichen Verhältnisse der Reichsgerichte zur Territorialgewalt gegründet ist, als allgemein gültig ausgab, und alle Rechtsmittel in peinlichen Fällen für unzulässig erklärte, oder eine Berufung nur im peinlichen Anklageprozeß, aber nicht im Untersuchungsprozeß erlaubte a). Hierdurch enstand die unverzeihliche Inconsequenz, daß der Gekränkte in bürgerlichen Fällen Hülfe suchen konnte, aber das Schiksal einer peinlichen Sache vom Ausspruch eines einzigen Tribunals abhängig war.

a) Dies lehrt Quistorp. Grundsz. des deutsch. peinl. Rechts. §. 780. nach ihm Danz Ord. Proz. §. 418.

Hier liegen die nachtheiligen Folgen der Vermischung des peinlichen Verfahrens mit dem bürgerlichen Prozesse vor Augen, und hätte man früher aufgehört, das peinliche Verfahren an den bürgerlichen Prozeß anzuschliessen, so würde diese Inconsequenz schon längst aus dem Criminalrecht ausgemerzt worden seyn; denn es ist doch wahrlich übertrieben, wenn die Sicherung der Rechte in peinlichen Fällen von der zufälligen Verfahrungsart abhängen, und eine peinliche Sache heute appellabel, und morgen inappellabel seyn soll, je nachdem sie im Anklage- oder Untersuchungsprozesse behandelt wurde.

Auf peinliche Fälle läßt sich die Lehre von Rechtsmitteln durchaus nicht übertragen, soweit sie im bürgerlichen Rechte nur als erlaubte, nicht als gebotene Vertheidigungsmittel erscheinen, deren Nichtgebrauch als Verzicht wirkt, und das Erkannte zum unabänderlichen Rechte erhebt. Der Staat ist in peinlichen Fällen unmittelbar interessirt, er muß auch ohne Aufforderung von Amtswegen einschreiten, untersuchen und strafen ohne Klage des Beleidigten, also auch von Amtswegen jedes peinliche Erkenntniß eines Richters nach der Wichtigkeit eines jeden peinlichen Falls

durch ein anderes Gericht unaufgefordert, von Amtswegen noch einmal prüfen lassen. Im bürgerlichen Prozesse sind peinliche Strafurtheile inappellabel, aber der Staat darf diesen Saz in das peinliche Verfahren nicht übertragen, um vom Ausspruch eines einzigen Gerichts das Schikfal des Bürgers abhängig zu machen. Der peinliche Prozeß ist kein Theil des bürgerlichen, und bürgerliche Rechtsmittel sind kein Maasstab zur Sicherung der Bürgerrechte in peinlichen Fällen *a*); diese Ausnahme gehört demnach gar nicht in den bürgerlichen Prozeß.

III.

II. In bloßen Disciplinarsachen lassen die Schriftsteller keine Appellation zu, wenn nicht ein gar zu grosser Exzeß begangen wurde *a*). Consequenz mangelt dieser Lehre wegen der Ausnahme, die man hinzufügte; denn jeder Exzeß ist eine Rechtsverletzung, und wer könnte die Grenzlinie ziehen, über welche hinaus der Exzeß gar zu groß würde?

a) Mein Handb. B. I. S. 146.

a) Danz a. a. O. N. V. gestüzt auf cap. 32. X. de appellat.

Indessen behaupte auch ich, daß weder in Disciplinarsachen, noch in Polizeisachen eine Appellation zulässig sey; nur baue ich auf andere Gründe. Eine wahre Appellation ist nur in der Voraussetzung denkbar, daß eine Sache schon in einer Instanz vom Richter entschieden wurde; sie mußte also schon vorher als Rechtssache behandelt worden seyn, und weder an streitenden Theilen, noch am Richter, noch an Handlungen darf etwas von demjenigen mangeln, was zum Daseyn einer Justizsache erfordert wird *b*). Waren nun Disciplinar- oder Polizeisachen ausser dem Gesichtspunkt der Rechtsverfolgung gestellt, und werden durch eine Disciplinarverfügung oder Polizeianordnung erst Rechte verlezt, so mag bei deren Verfolgung immerhin die Sache nun in eine Justizsache übergehen, aber es ist keine Appellation, es existirt kein vorausgehendes gerichtliches Verfahren, kein Urtheil, keine Rechtskraft; der Begriff einer Appellation paßt nirgends auf solche Beschwerden, wie ich unten bei der Extrajudicialappellation noch bestimmter ausführen werde.

b) Mein Handb. B. II. S. 1 — 99.

IV.

III Im possessorischen summarischen Prozesse halten viele Rechtslehrer *a*) die Appellation für unzulässig; doch mit Ausnahme derjenigen Beschwerden, welche im ordentlichen possessorischen und petitorischen Prozesse nicht wieder gut gemacht werden können. — Sonderbar wäre es in der That, wenn der Verlezte in summarischen Besizstreitigkeiten der Willkühr blosgestellt und nur auf die Hoffnung verwiesen würde, im ordentlichen possessorischen oder im petitorischen Streite eine Wiederherstellung seiner verlezten Rechte von demjenigen Richter zu erhalten, der sein Recht kränkte; gewiß darf man nicht ohne einen hinreichenden Grund den Gesetzen eine solche Sonderbarkeit aufbürden. Schon hatte auch diese Meinung einen starken Gegner an Just. Henn. Böhmer *b*); sie wurde aber dennoch in neuern Schriften *c*) vertheidiget.

a) Danz a. a. O. N. III. Ludolf de Iur. Camer. Sect. I. §. 14. N. 10. u. 11.

b) Jus Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 28. §. 25.

c) Gebrüder Overbeck Meditat. über verschied. Rechtsmater. B. 5. S. 64.

Daß die Appellation keine Suspensivkraft habe, gestehe ich zu. Schon aus allgemeinen Grundsätzen fließt dieser Saz, den auch positive Gesetze unterstützen *d*). Aber gar keinen Grund, um die gänzliche Unzulässigkeit einer Appellation zu beweisen, vielmehr Gründe fürs Gegentheil bieten die Gesetze dar.

V.

Man bürdet dem römischen Rechte etwas sehr verkehrtes auf, wenn man seine Verordnung von Unzulässigkeit der Appellation versteht. Wir finden in demselben die entscheidende Stelle: „cum „de possessione et eius momento causa dici„tur, etsi appellatio interposita fuerit, ta„men lata sententia sortitur effectum“ *a*). Allenthalben herrscht tiefes Stillschweigen von der Inappellabilität solcher Urtheile, sondern nur über die Frage von den Wirkungen einer solchen Appellation entscheidet der Gesezgeber: da er verordnet, sententia sortitur effectum, er spricht vom Effecte, nicht von der Zulässig-

d) cap. 10. u. 15. X. de restit. spoliat.

a) L. un. C. si de moment. possess. fuerit appell.

keit der Appellation, und drükt sich ganz anders aus, als da, wo er eine Appellation für unzulässig erklärt *b*); wer wollte wohl Suspensivkraft mit der Zulässigkeit einer Appellation verwechseln?

Wenn demnach das kanonische Recht *c*) auch in summarischen possessorischen Sachen die Appellation, jedoch ohne Suspensivkraft zuläßt, so stimmt es mit dem römischen Rechte vollkommen überein, und man braucht nicht in die Frage einzugehen, welche von beiden Gesezsammlungen den Vorzug habe, oder welche von beiden Verordnungen in deutschen Gerichten recipirt sey? Beide stimmen unter sich und mit allgemeinen Rechtswahrheiten dahin überein: daß auch in solchen Sachen zu appelliren erlaubt, die Appellation aber mit Suspensivkraft nicht begabt sey.

VI.

Zwar führt man zur Begründung der gegentheiligen Meinung an, daß im summarischen

b) Z. B. Tit. Pand. a quibus appellare non licet.

c) Cap. 10 und 15. X. de restit. Spoliat. Clem. Unic. de causa possess. et propriet.

possessorischen Streite die Formalitäten des Prozesses zum Theil wegfallen, und daß nur auf den Besizstand gesehen werde. Allein wer möchte wohl die Rechtsvertheidigung gegen Aussprüche des Richters zu den Formalitäten rechnen, oder den Saz aufstellen: daß da, wo manche Feierlichkeiten des ordentlichen Verfahrens wegfallen, eine Appellation unzulässig sey?

Unsere Gegner sagen ferner: daß Urtheil in possessorio summario sey kein eigentliches Endurtheil, wodurch die Sache auf einmal entschieden werde, sondern es betreffe nur einen Nebenpunkt, wer nämlich während des Streits im Besiz bleiben soll. Allein man darf nur mit den rechtlichen Folgen eines solchen Urtheils bekannt seyn, um sich zu überzeugen, wie bedenklich es sey, in diesem Fall die Appellation für unzulässig zu erklären. Willkühr muß auch hier, wie in der ganzen Rechtspflege verbannt seyn, und dem verlezten Theile darf die Vertheidigung seines Rechts nicht abgeschnitten werden. Dem unterliegenden Theile entgeht mit dem Besitze der Genuß des streitigen Objekts, er wird mit der Last des Beweises beladen, und dasjenige Urtheil, das seinem Gegner den Besiz zuspricht, wälzt auf

ihn eine Reihe schädlicher Folgen, deren Wirkungen durch das ganze folgende Verfahren, oft über das Endurtheil selbst, sich verbreiten; einen Schaden, den er oft nur durch ein Rechtsmittel von sich abzuwenden vermag.

VII.

Ueberhaupt bringen die Gegner den Saz von Beschwerden, welche im folgenden ordentlichen possessorischen oder petitorischen Prozesse nicht wieder gut gemacht werden können, auf die Bahn. Selbst das tridentinische Concilium a) scheint diese Sprache zu begünstigen, und man darf es dem Rechtsgelehrten nicht übel nehmen, welcher diese sonderbare Meinung mit dem Gesetze theilt. In der Lehre von Appellationen gegen Interlocute soll davon näher gehandelt werden. Aber hier muß ich zeigen, daß man davon auf Appellationen gegen Urtheile in possessorio summario keine Anwendung machen könne.

Wenn über den summarischen Besiz gestritten wird, so macht er in diesem Streite die Hauptsache aus. Das Erkenntniß ist kein Bei-

a) Sess. 24. de Reform. cap. 20.

urtheil, sondern ein Urtheil über die dermalige Hauptsache, und darum gilt von Zwischenurtheilen auf dieses Erkenntniß kein Schluß, um so weniger, als vom Urtheil über den Besiz so viele oft irreparable Folgen für das künftige Verfahren abhängen. Die Unanwendbarkeit dieser Lehre auf die vorliegende Frage zeigt sich auch noch durch die exotischen Folgen, wozu sie führt: denn man könnte mit gleicher Bündigkeit behaupten, daß auch von Urtheilen im ordentlichen Besitzstreite keine Appellation gelte: da die Beschwerde im Rechtsstand wieder gut gemacht werden kann, und doch wird sich dieser Behauptung kein Rechtsgelehrter schuldig machen.

Es ist demnach aus allgemeinen Rechtswahrheiten so, wie aus dem römischen und kanonischen Rechte völlig erwiesen, daß gegen Entscheidungen über den summarischen Besiz eine Appellation zulässig, dieser aber keine Suspensivkraft verliehen sey *b*).

VIII.

IV. Urtheile, welche gegen eine Partei ihres beharrlichen Ungehorsams wegen

b) Puffendorf Obs. Tom. IV. obs. 235.

ergangen sind, werden für inappellabel ausgegeben a). Der Buchstabe des Gesetzes scheint diese Behauptung zu rechtfertigen, da er sagt: „Ejus, qui per contumaciam absens: cum ad „agendam causam vocatus esset, condem„natus est negotio prius summatim perscruta„to, appellatio recipi non potest“ b). Bei schärferm Nachdenken aber entdeckt man bald, daß es nur der Buchstabe ist, welcher ohne eine genauere Bestimmung auf große Abwege führte. Soll denn wohl der Contumax rechtlos seyn, sollen Verzicht oder Schuldbarkeit, die einzigen Fundamente aller Folgen des Ungehorsams c), sich bis zum gänzlichen Verluste aller Rechtsvertheidigung erstrecken? dies kann gewiß nicht behauptet werden, und doch läge es in dem Satze: contumax non appellat, wenn er in seiner Allgemeinheit oder Unbestimmtheit gültig wäre. Kein Gesez unterwirft die ungehorsame Partei der richterlichen Discretion, vielmehr entfernen die Gesetze alle Willkühr durch genaue Vorzeichnung

a) Danz §. 418. N. IV. 1. Grolman Theor. des ger. Verf. §. 213. u. a. m.

b) L. 1. C. quor. appellat. non recipiuntur.

c) Mein Handb. B. I. S. 406.

der Folgen des Ungehorsams, und hiemit kann eine gänzliche Rechtlosigkeit nicht bestehen, welche in dem Satze: der Contumax kann nicht appelliren, offenbar liegt. Denn Appellation ist das Mittel, Rechtsverletzungen gegen Urtheile des Richters abzuwenden, welches auch auf Rechtsverletzungen anwendbar seyn muß, die ein richterlicher Ausspruch der ungehorsamen Partei zufügte. Denke man nur an die exotischen Folgen, zu welchen die gegentheilige Behauptung führt! Setze man: ein Richter verhängt ein größeres Präjudiz, als die Gesetze erlauben, oder er verurtheilt den Ungehorsamen in etwas, worin er mit oder ohne geführte Vertheidigung nicht zu verurtheilen war, warum soll diesem gegen den richterlichen Ausspruch durch das ordentliche Rechtsmittel sich zu vertheidigen, nicht erlaubt seyn? Gewiß sprechen allgemeine Grundsätze für das Recht des Ungehorsamen sich durch Appellation gegen das Urtheil zu schützen.

IX.

Allein sie würden gegen klare gesezliche Dispositionen nichts vermögen, wenn in diesen die Absicht läge, den Ungehorsamen die Appellation gänzlich zu entziehen. Soll demnach eine Ablei-

tung aus allgemeinen Wahrheiten nicht zur Vernachläßigung positiver Gesetze gemisbraucht werden, so ist nur dann die Untersuchung befriedigend, wenn sie die Uebereinstimmung der Vernunftschlüsse mit positiven Verordnungen darstellt.

In seiner Allgemeinheit würde das befragliche Gesez zu stark im Widerspruch mit dem übrigen Rechtssysteme stehen, als daß man nicht schon im Voraus eine besondere Absicht, vereinbar mit den allgemeinen Wahrheiten, darin vermuthen sollte. Bald wird sich diese zeigen, bald werden wir die nähern Bestimmungen dieses halb unerklärbaren Gesetzes erkennen, wenn wir in den Geist der Appellation tiefer eindringen.

Eine der vorzüglichsten Wirkungen der Appellation bei den Römern war es, daß sie den Streit in den Zustand der Litiscontestation zurückversezte. Hätte man den Contumax unbeschränkte Freiheit der Appellation zugestanden, so war das ganze System vom Ungehorsam untergraben: denn der Contumax hätte durch die Appellation alle Vertheidigungsmittel wieder errungen, auf welche er durch seinen Ungehorsam

schon Verzicht geleistet hatte. Abschneidung dieses Unfugs forderte eine Beschränkung der Appellationsfreiheit, welche der Römer in diesem Gesetze vortrug. So weit reicht der mögliche, denkbare Grund des Gesetzes, den wir in Ermanglung einer ausdrüklichen Anzeige desselben nur im Zusammenhange mit dem übrigen Rechtssysteme aufsuchen müssen. Niemals aber reicht der Grund dahin, den Contumax ganz rechtslos zu stellen, und ihm die Vertheidigung durch Appellation, noch über die Gränzen seines Verzichts, abzuschneiden.

X.

Gehen wir von diesem unläugbar richtigen Standpunkte aus, so können wir die Gränzen genau bestimmen, innerhalb deren eine Appellation des Contumax zuläßig ist oder nicht. 1) Beschwert sich der Contumax über Rechtsverletzung durch Verhängung gesezwidriger Folgen des Ungehorsams, so ist die Appellation zuläßig. Sind doch sogar Inhäsivbescheide oder Vollstreckungsbefehle insoweit einer Appellation ausgesezt, als dabei ein Uebermaaß eintritt! 2) Umgestossen würde hingegen das ganze System der Folgen eines Ungehorsams, dieser nothwendige

Theil des Prozesses, wenn der Contumax eine Appellation brauchen wollte, um die Sache in den Zustand der Litiscontestation zurückzusetzen, und hierdurch Vertheidigungsgründe geltend zu machen, die er schon längst durch seinen Ungehorsam aufgegeben hatte. In diesem Sinne ist demnach der Saz contumax non appellat, nicht nur wahr, geboten durch Vernunftgründe, unterstüzt durch Gesetze, sondern auch fruchtbar an praktischen Folgen. 3) Wenn aber die Beschwerde begründet wäre, hätte auch der Contumax alle Vertheidigungsmittel ausdrücklich bei seinem Erscheinen vor Gericht aufgegeben, welche er durch seinen Ungehorsam aufgab, also z. B. die Klage zugestanden, Einreden nicht vorgebracht u. s. w., so kann ihm die Appellation gegen das Erkenntniß nicht abgesprochen werden, selbst insoweit nicht, als er das Urtheil, nicht sowohl wegen eines Exzesses an verhängten Folgen des Ungehorsams, sondern vielmehr wegen der Hauptsache selbst anficht. Der gesezliche Verzicht auf bestimmte Vertheidigungsmittel, der im Ungehorsam liegt, kann doch keine größere Folgen hervorbringen, als der ausdrückliche, und derjenige Contumax, welcher zur Rechtfertigung seiner Beschwerde keines der durch

Ungehorsam verlornen Vertheidigungsmittel anführen will, sondern die Beschwerde ausserdem rechtfertigt, erscheint doch offenbar bei seiner Appellation nicht als Contumax, oder man müßte jede ungehorsame Partei für vogelfrei erklären, was noch schlimmer als das abgeschaffte bannum Contumaciae wäre.

XI.

V. Urtheile, welche dunkel uud ungewiß, nicht beschwerend, nicht neu, sondern blos inhäsiv und bekräftigend sind, zählt man unter die inappellablen *a*). Von Inhäsivbescheiden habe ich schon im ersten Bande *b*) gesprochen, worauf ich verweise, das Uebrige soll hier geprüft werden.

Dunkle und ungewiße Erkenntnisse halte ich für die größte Beschwerde: denn ein Richter verlezt durch sie die ersten Pflichten seines Amts.

a) Danz §. 418. N. IV. 2.

b) Band I. S. 478. es ist einleuchtend, daß die nach geleistetem oder verweigertem Haupteide erfolgenden Urtheile nur darum inappellabel sind, weil sie zu den wahren Inhäsivbescheiden gehören.

Auch möchte es sehr gefährlich seyn, dieser Meinung halber die Appellation zu unterlassen, da es etwa einem Richter einfallen könnte, das Urtheil weniger dunkel oder ungewiß zu finden, wo man alsdenn mit der Rechtskraft stark in das Gedränge käme, wie sich aus den Meinungen der Rechtslehrer über Declaration dunkler Urtheile c) ergiebt. Ohnehin ist es eine schiefe Darstellung, wenn man Urtheile, die ihrer Dunkelheit oder Ungewißheit wegen an sich nicht in Rechtskraft übergehen, in die Klasse derjenigen bringt, gegen welche zu appelliren nicht erlaubt ist. Hievon mehr zu sagen, ist überflüssig.

Wenn man aber die nichtbeschwerenden Urtheile für inappellabel erklärt, so begeht man immer einen Fehler, indem man eine Erforderniß zur Rechtfertigung der Appellation mit den Erfordernissen ihrer absoluten Zulässigkeit verwechselt, so wichtig auch der Unterschied ist. Eine unzulässige Appellation verwirft der Richter voriger Instanz, und fährt ungestört mit der Vollstreckung fort, da er sich eine unzulässige Appellation als nicht vorhan-

c) Danz a. a. O. §. 439.

den denkt. Steht hingegen der Zulässigkeit einer Appellation nichts im Wege, so muß der Unterrichter mit der Vollstreckung in der Regel einhalten, und den Relevanzbescheid des Oberrichters abwarten, sollte ihm auch die Appellation noch so ungegründet scheinen. Man hat auch hier das Ende des Prozesses mit dem Anfang verwechselt, wie bei den Justizsachen überhaupt bisher öfters geschah *d*).

XII.

VI. Unter die inappellablen Sachen zählt man gewöhnlich die richterlichen Verfügungen, wodurch Jemand vor Gericht geladen wird *a*). Mehlen rechnet auch Mandate ohne Clausel dahin, insoferne sie der Prozeßordnung gemäß erkannt sind *b*). Richtiger drükt sich Grolman aus, da er gegen alle richterliche Verfügungen, welche ein bloßes Dekret sind, Appellation für unzuläßig erklärt *c*), und man

d) Mein Handb. B. II. S. 54 — 56.

a) Danz a. a. O. §. 418. N. IV. 3.

b) über die Appellationen §. 59.

c) Theor. des ger. Verf. §. 213.

darf nur einen ächten Begriff bloßer Dekrete vor Augen haben, um zu bestimmen, wie weit hier eine Appellation Statt finden könne. So lange nur auf einseitige Vorstellungen etwas verfügt wird, hat der Richter keine Absicht, zu entscheiden, Rechtsverheidigung bei dem nämlichen Richter ist erlaubt, also jede Appellation, die vor dieser Vertheidung geführt wird, voreilig.

Setze man, der Richter erkennt eine unstatthafte Ladung oder ein ungegründetes Mandat: so steht dem Beklagten eine Einrede deshalls zu, und er ist nicht eher wahrhaft verlezt, bis er diese Einrede fruchtlos vorbrachte; erst da, wo nach ihrer Vorschützung der Richter auf seiner Ladung oder dem Mandate besteht, geht die richterliche Verfügung in eine Entscheidung über, die nicht mehr ein bloßes Dekret ist, also nunmehr eine Appellation begründet, ob es gleich nur einer Ladung vor Gericht gilt [d]). Behaupten, daß hier keine Appellation zuläßig sey, würde eben so viel sagen, als daß in Rücksicht auf Ladungen vor Gericht die Parteien keine Rechte oder bei deren Kränkung keine Rechtsmittel haben.

d) Mein Handb. B. I. S. 128.

Aber diese wechselweise Rechtsvertheidigung gilt nur von Verfügungen, wodurch der Impetrat seine Rechte für verlezt ansieht. Auch der Impetrant kann verlezt werden, und seine Lage verdient eine eigene Betrachtung. Versagt ihm der Richter seine Bitte, so hat er zwar sein Recht vertheidiget, aber doch hat der Richter eigentlich nichts entschieden, doch ist Niemand vorhanden, der aus einem abschlägigen Dekrete (den Relevanzbescheid bei ergriffenen Rechtsmitteln ausgenommen) ein Recht erwirbt; er kann daher, wenn er will, nach dem abschlägigen Dekrete weitere Vorstellungen dem Richter machen (das bekannte remedium ulterioris deductionis), ohne daß hieraus ein Inhäsivbescheid entstände: er kann aber auch sogleich, oder wenn fernere Vorstellungen nichts helfen, gegen denegatorische Dekrete die Appellation ergreifen. Mir ist ein Fall bekannt, wo der Kläger eine Executivklage übergeben, der Richter aber darauf ein bloßes Communicetur ad excipiendum, also im ordentlichen Prozesse erkannt hat. Der Kläger konnte dem Richter von neuem vorstellen, daß die Sache zum Executivprozesse qualificirt, seine Bitte auch darauf gestellt, aber nur im Wege des ordentlichen Prozesses die Ladung

erkannt sey, um hierdurch den Richter zur Verbesserung seines Fehlers, oder zu einer günstigeren Verfügung zu bewegen. Es steht ihm aber auch frei, die Verfügung als verletzend zu betrachten, und sein fruchtlos vertheidigtes Recht durch ein Rechtsmittel bei dem oberen Richter zu verfolgen.

XIII.

VII. Verfügungen, welche die Vollstreckung blos befehlen, zählt man unter die inappellablen; es wäre denn, daß der exequirende Richter das Urtheil widerrechtlich auslegte, oder Einreden verwürfe, welche die Gesetze noch bei der Vollstreckung zulassen, oder daß er bei der Execution offenbare Exzesse begienge a). Die Regel ist eben so richtig, als die Ausnahmen: denn Execution sezt ein rechtskräftiges, wenigstens in seinen Wirkungen nicht gehindertes Urtheil voraus; jeder Executionsbefehl ist also ein Inhäsivbescheid, wider welchen keine Appelation Statt findet. Widerrechtliche Auslegung, Verwerfung erlaubter Einreden oder Exzesse bei

a) Danz §. 418. N. IV. 4.

der Execution sind neue Vorfälle, welche ein Rechtsmittel begründen, so weit die Neuheit reicht.

Aber hiebei will ich über Executionen, welche nach erfolgter Requisition des urtheilenden Richters von einem andern Richter verhängt werden, mir eine kleine Diggression erlauben, um etwas zu berichtigen, was in der Praxis sehr wichtig ist und doch bisher sehr gleichgültig oder oberflächlich behandelt wurde. Hier kommen zwei Gerichtshöfe vor, deren Verhältnisse unter sich und gegen die Parteien näher bestimmt werden sollen, da ich diesen Gegenstand selbst in denjenigen Schriften sehr vernachläßiget sah, welche der Lehre von Requisitionen eigends gewidmet sind. Es gilt hier keiner Untersuchung der Fälle, wo Requisitionen nothwendig sind, es gilt nicht der aus Requisitionen entstehenden Verbindlichkeit, ihnen zu entsprechen. Auch trenne ich die Executionen reichsgerichtlicher Erkenntnisse davon, bei welchen Theils durch die ihnen beigemischte Eigenschaft einer kaiserlichen Commission, Theils durch die besondern einwirkenden staatsrechtlichen Verhältnisse manche Eigenheiten wahrzunehmen sind.

XIV.

Der requirirte Richter darf sich gar keine Cognition zueignen, weder über die Rechtmäßigkeit des zu vollziehenden Urtheils, noch über dasjenige, was sonst im Executionsverfahren noch vorgebracht werden kann. Der Grund vom ersten ist einleuchtend: denn der requirirte Richter, der nur aus Auftrag des requirirenden handelt, würde sich dadurch zur Instanz umschaffen. Nicht so plan ist der Grund des zweiten Satzes, er muß also genauer erwogen werden. Die Aufforderung des requirirenden Richters, als der einzige Grund, auf welchem die Thätigkeit des requirirten beruht, bezielt nur die Execution des Erkannten. Nur Vollstreckung bezeichnet also den Umfang seiner Gewalt: denn nicht allein wollte der requirirende Richter nichts anders dem requirirten überlassen, sondern er konnte ihm auch keine andere Gewalt einräumen, da ausserdem die Litispendenz offenbar gestört würde. Auch legt sich die Wahrheit meines Satzes dadurch vor Augen, daß dem Requisitionsschreiben das bisher Verhandelte nicht vollständig beigelegt, sondern nur das Urtheil beigeschlossen und das Objekt mit der Art der Vollstreckung genau angezeigt wird: dennnun ist der

Schluß vom Zwecke zu den Mitteln auch dahin gültig, daß demjenigen der Zweck nicht übertragen ist, dem die Mittel nicht gegeben wurden, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Wie sollte wohl ein Richter über die bei der Execution vorgebrachten Einreden urtheilen können, wenn er nicht die bisherigen Verhandlungen kennt, und daraus abnehmen kann, ob es in dieser Streitsache auf die jezt erst vorgebrachten Einreden ankomme: oder ob sie nicht schon vorgebracht aber verworfen seyen?

Hieraus läßt sich das Verhältniß bei den vermittelst einer Requisition zu vollziehenden richterlichen Verfügungen auf folgende Art bestimmen. 1) Der requirirte Richter darf sich keine Cognition über die Rechtmäßigkeit des bisher Erkannten zueignen, denn die Requisition erhebt ihn nicht zur höhern Instanz; aber 2) auch keine Verantwortlichkeit trifft ihn, so weit er nur dem Antrag des Requirenten durch genaue Vollstreckung des Erkannten entspricht, denn er handelt nicht durch Subsumtion unter das Gesez, sondern nur als Vollstrecker fremder Urtheile. 3) Daher geht die Appellation, wenn in der Requisition eine excedirende Execution enthalten war, an den

Richter des Requirenten, nicht an den Gerichtshof, dem der requirirte Richter untergeordnet ist. 4) Eben daher ist es nothwendig, daß der requirirende Richter, weil jede Vollziehung ein Erkenntniß voraussezt, vor der Requisition die Verfügung den Parteien eröffne, welche er durch Requisition eines andern Richters vollstrecken will. 5) Eine doctrinelle Auslegung des Urtheils ist zwar dem requirirten Richter erlaubt, aber keine authentische. Da nun die Gränzen beider oft unmerklich in einander fließen, so ist es dem requirirten Richter sehr anzurathen, daß er bei vorkommenden Zweifeln über den Sinn des Urtheils die Gesinnungen des Requirenten einhole. 6) Einreden, welche eine Partei noch in der Execution beibringen will, soll sie bei dem requirirenden Richter vorbringen, und damit die Bitte verbinden, daß dem requirirten Richter davon Nachricht gegeben werde und an ihn die nöthige Anzeige wegen Sistirung der Execution gelange. 7) Bringt eine Partei Einreden in der Execution bei dem requirirten Richter vor, so bleibt diesem nichts übrig, als die Partei mit denselben an den Requirenten zu verweisen. 8) Wo der requirirte Richter die Gränzen der vorgezeichneten Vollstreckung überschreitet, da kann die verlezte Partei sowohl ihm

als auch dem requirirenden Richter das nöthige vorstellen, um den requirirten Richter entweder selbst, oder durch Unterstützung des Requirenten von der Verletzung abzubringen. 9) Ist beides fruchtlos, so macht sich entweder der requirirende Richter durch Genehmigung des Exzesses desselben theilhaftig, und hier wird an seinen höhern Richter appellirt — oder er billigt ihn nicht, und hier ist der ganze Exzeß nur Sache des requirirenden Richters, wofür auf ihm die ganze Verantwortlichkeit liegt, und dies ist der einzige Fall, wo ein Exzeß bei der durch Requisitorialien verhängten Execution zur Beschwerde bei dem Gerichtshofe berechtiget, welchem der requirirte Richter subordinirt ist. Ich kehre nach dieser verzeihlichen Digression zur Sache zurück.

XV.

VIII. Auch gegen provisorische Verfügungen wollen einige Rechtslehrer keine Appellation zulassen a). Doch zeigt schon die Limitation, welche sie gewöhnlich beifügen, nämlich, wofern der Richter die Gränzen bei dessen Erkennung

a) Claproth ord. Proz. §. 356. N. IV. Grolman §. 213. N. 3.

nicht überschritten hat *b*), daß es ihnen mit dieser Regel kein großer Ernst sey. Ich gestehe zu, daß in solchen Sachen, welche keinen Aufschub leiden, die Appellation keine Suspensivkraft habe, aber bei ihnen die Appellation ganz zu versagen, dazu finde ich keinen Grund.

Die Gesetze, welche man für das Gegentheil anzuführen pflegt, sind offenbar nur von der Suspensivkraft zu verstehen (§. V.); man vermag also kein Gesez aufzuweisen, welches das Recht einer Partei, sich auch gegen solche Verletzungen durch das ordentliche Rechtsmittel der Appellation zu schützen, vernichtete.

Auch sind die Folgen dieser Meinung im höchsten Grade bedenklich, denn sie erhöbe den Richter in Provisionalverfügungen wenigstens zum provisorischen Despoten, und vernichtete wenigstens auf längere Zeit den, jedem Bürger zugesicherten, Gebrauch seiner Rechte. Man darf nur wenige Erfahrung haben, um zu wissen, daß gerade diese provisorische Verfügungen der größte Spielraum der Willkühr und

b) Ausdrüklich macht diese Beschränkung Claproth a. a. O.

der Deckmantel sind, hinter dem sich Leidenschaften und Intriguen verstecken; traurig würde es da um die Rechte des Bürgers aussehen, wenn ihm verwehrt wäre, seine Rechte durch Appellation zu verfolgen, und das Gewebe zu zerreissen, das ihn umschlingen will. Wie oft vernichtet eine Temporalinhibition den Besitz c), welche schädliche Folgen bringt dem Bürger eine Sequestration, oder wie leicht könnte ein erkannter Arrest, welchen der Richter ungeachtet der Einrede des unstatthaften Arrestes provisorisch fortdauern ließ, den verlezten Theil nöthigen, den Gerichtsstand des angelegten Arrestes anzuerkennen, und sich einem ganz incompetenten Richter zu unterwerfen!

XVI.

Ein Gesez scheint aber die gegentheilige Meinung zu begünstigen, in welchem ausdrücklich gesagt wird: „Si res dilationem non recipiat, „non permittitur appellare, ne vel testamen„tum aperiatur: ut Divus Hadrianus con„stituit: ne frumentum in usum militum in

c) Ein merkwürdiges Beispiel sehe man in meinen auserles. Rechtsf. B. I. S. 277 — 304.

„annonae ſubſidia contrahatur: neve ſcri-
„ptus heres in poſſeſſionem inducatur.
„§. 1. Idem ſi ex Perpetuo Edicto ali-
„quid decernatur: id quo minus fiat non
„permittitur appellare §. 2. Item quo mi-
„nus pignus vendere liceat, appellari non
„poteſt“ *a*).

Allein meiſtens vermiſchen die Geſetze die Suspenſivkraft der Appellation mit ihrer Zuläßigkeit, und entſcheiden nur über jene, wenn gleich ihr Ausdruck allgemeiner zu ſeyn ſcheint (§. V.), ein Fall, der bei allen Sachen eintritt, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet. Oder ſie ſtellen Fälle ungegründeter Appellationen auf, und verordnen, daß dieſe nicht angenommen werden ſollen, ohne dadurch die Erkenntniſſe an ſich in dem hohen Grade für inappellabel zu erklären, daß auch dann, wann ſie eine erhebliche Beſchwerde zufügen, keine Appellation zuläßig wäre. Und darin ruht eigentlich das Intereſſe der ganzen Sache, daß bei inappellablen Sachen auf die Erheblichkeit der Beſchwerde gar nichts ankommt, ſondern die Sache

a) L. 3. D. de appellat. recipiendis.

überhaupt an den Oberichter nicht devolvirt ist, wogegen bei appellablen Sachen aber ungegründeten Beschwerden die Appellationsprozesse zwar abgeschlagen werden, die Appellation aber doch an sich zulässig und die Sache an den Oberrichter devolvirt war.

Geht man nun von diesem berichtigten Standpunkte aus, so überzeugt man sich bald, daß das angezogene Gesez uns gar nicht im Wege steht. Es ist in den Titel de appellationibus recipiendis aufgenommen; es handelt also von devolvirten Sachen aber ungegründeten Beschwerden: da die Pandekten sorgfältig zwischen interponirten und recipirten Appellationen unterscheiden *b*), und die Reception oder Nichtreception als eine Handlung des Oberrichters ansehen *c*), folglich den Grund der Nichtreception keinesweges in der absoluten Inappellabilität des Urtheils, sondern vielmehr im Mangel der Beschwerde seßen.

b) L. 1. pr. D. Nihil innovari app. interp.

c) L. 5. D. de appellat. recipiendis.

XVII.

IX. Ueber die Zulässigkeit der Appellation gegen Interlocute schwebt noch die größte Dunkelheit. Danz *a*) sagt, das römische Recht erlaube nur von Endurtheilen oder den Zwischenurtheilen, welche die Kraft eines Endurtheils haben, die Appellation. Das kanonische Recht lasse wider alle Beiurtheile, das tridentinische Concilium aber nur wider diejenigen Zwischenurtheile, welche die Kraft eines Endurtheils haben, oder deren Beschwerde durch Appellation wider das Endurtheil nicht mehr gut gemacht werden kann, eine Appellation zu. Um nun die Ungewißheit vollkommen zu machen, so sollen die Reichsgerichte dem römischen Rechte, katholische Gerichte dem tridentinischen Concilium, protestantische Gerichte dem kanonischen Rechte folgen.

Wenn es als Regel gelten muß, daß gegen Verletzungen aus richterlichen Erkenntnissen Rechtsmittel, und unter diesen die Appellation als das ordentliche gebraucht werden können, so

a) Ordent. Proz. §. 418. N. IV. Er belegt seine Meinung durch viele Schriftsteller, welche hier zu allegiren, ich für überflüßig halte.

kann die Unzulässigkeit der Appellation gegen Interlocute nur als Ausnahme insoweit gelten, als diese in den Gesetzen begründet ist. Wir müssen also in die Gesetze selbst zurükgehen, ihren Geist genau auszuforschen suchen, und davon auf den heutigen deutschen Prozeß eine zweckmässige Anwendung machen.

XVIII.

Das römische Recht erlaubte gegen gemeine Interlocute keine Appellation. Der Grund des Gesetzes liegt in einer Stelle deutlich vor Augen: „ne contra medii temporis interlocutionem „data appellatione mora injiciatur dilationi„bus, saepius in eadem causa data appella„tione et examinata, iterum alio capitulo „ventilato, et iterum contra etiam ipsum „porrecta appellatione“ *a*). Das kanonische Recht, welches überhaupt die Appellationen stark begünstigt, ließ aber Appellationen gegen Interlocute ohne Ausnahme zu; doch bestimmte es für sie eigene Förmlichkeiten *b*), und

a) L. 36. C. de appellat.

b) Cap. 1. 10. de appellat. in 6. cap. 60. X. de appellat.

Deutsche Gesetze konnten wohl nichts anders, als das kanonische Recht befolgen, da sein Vorzug vor dem römischen im Prozesse entschieden war. Daher handelt die Kammergerichtsordnung von der Appellation gegen Interlocute als einer bekannten Sache c), und erkennt ihre Zulässigkeit, da sie ihre Form und ihren Lauf bestimmt.

Aber bei dem artikulirten Verfahren, welches damals die herrschende Prozeßart in Deutschland war, und bei der Menge von Interlocuten, die im Gefolge dieser Prozeßart standen d), mußte die ungebundene Zulässigkeit der Appellation gegen Interlocute einen ungemein grossen Schaden hervorbringen. Selbst dem Kammergerichte wurde er fühlbar, und in seinen Dubiis vom Jahre 1595. machte es Verbesserungsvorschläge e), doch so, daß es sich die Appellation abzuschneiden nicht getraute, sondern nur ihren Lauf in engere Formen zu bringen suchte. Getheilt waren die Mei-

c) K. G. O. Th. III. Tit. 31. in der Ueberschrift. und §. 10.

d) Mein Handb. B. I. S. 56.

e) Dub. Cam. vom J. 1595. Dub. 96.

nungen des churfürstlichen und fürstlichen Collegiums bei Fassung der Resolution über diesen Punkt, indem der Churfürstenrath den Vorschlag des Kammergerichts genehmigte, der Fürstenrath aber es bei der Kammergerichtsordnung *f*) belassen wollte; nur im Befehle war man einig, daß die Procuratoren schon auf den Titeln die Anzeige von Appellationen gegen Interlocutorien machen sollten; auch die kaiserlichen Commissarien erklärten sich nicht bestimmt darüber. Endlich wurde dieser Punkt in dem speierischen Deputationsabschied vom Jahre 1600 *h*) dahin entschieden, daß es bei Interlocutionen a simplici interlocutoria, welche nur ex actis prioribus justificirt werden muß, und darin nur per repetitionem libelli libellirt werden soll, bei der Kammergerichtsordnung zu belassen sey, doch sollten solche Appellationen also in specie intitulirt werden, daß es eine Appellatio ab interlocutoria sey.

f) Th. III. Tit. 31. §. 10.

g) Resolut. ad Dub. Camer. des Chur- und Fürstenraths erstes Bedenk. §. 30.

h) §. 113.

XIX.

In aller Rükſicht iſt dieſes Reichsgeſez wichtig, und ein neuer Beweis, daß man nur geleitet durch Geſchichte der Legislation ſicher zum Ziele gelangt. Wir ſehen aus ihm, 1) daß die Reichsgerichte keine andere Norm haben, als was Quelle des gemeinen deutſchen Prozeſſes iſt. Es galt hier keinen Eigenheiten der reichsgerichtlichen Verfaſſung oder Verfahrungsart, die Zuläſſigkeit der Appellationen gegen ſimple Interlocutorie wurde als ein allgemein gültiger Grundſaz anerkannt. Wir ſehen 2) daß man ſehr irrig behauptet, die Reichsgerichte folgten dem römiſchen Rechte; wie können ſie einer Norm folgen, welche mit den Reichsgeſetzen in einem direkten Widerſpruch ſteht? vielmehr liegt der Beweis am Tage, daß bei dem Daſein klarer einheimiſcher Geſetze das römiſche Recht gar keine Gültigkeit habe. Wir ſehen 3) daß die Entſcheidung des tridentiniſchen Kirchenraths nur die geiſtlichen Gerichte verbinde, ein bloßes Kirchengeſez, und in weltlichen Sachen durchaus unkräftig ſey, da ſie nicht nur im Eingang ausdrüklich nur von geiſtlichen Gerichten ſpricht [a],

a) Seſſ. 24. de reformat. cap. 20. „Cauſae omnes „ad forum eccleſiaſticum quommodolibet pertinentes“ etc.

sondern auch schon vor dem Reichsdeputations-abschiede vom Jahre 1600. existirte, und dennoch der Deputationsabschied von ihr gar keine Notiz nahm, sondern vielmehr ganz abweichend von dieser geistlichen Verordnung, Appellationen gegen simple Interlocute nach Anleitung älterer Reichsgesetze, für zuläßig erklärte.

XX.

Die übermäßige Anzahl von Interlocutorien hat zwar der jüngste Reichsabschied durch die wohlthätige Verbannung des articulirten Verfahrens abgeschnitten, aber die Zuläßigkeit der Appellation gegen simple Interlocute hat auch dieses Reichsgesez, das in der Prozeßgesezgebung Epoche macht, ausdrüklich anerkannt *a*).

Wie man doch sagen kann, die Reichsgerichte folgen dem römischen Rechte! wie man

a) §. 58. „In Appellationsachen lassen wir „es bei der Ordnung P. III. T. 31. und in „folgenden Reichs- und Deputationsabschieden „gemachten Verbesserung sofern bewenden — „und sofern von einer Bei Urtheil, die nicht „Kraft einer End Urtheil hätte, appellirt wor„den wäre, anstatt der Appellationsklage (der „Appellant) sein Instrumentum — Appellatio„nis wiederholen — solle“

glauben kann, es mangele uns so stark an Verordnungen, die als gemeines Recht in Deutschland gelten, daß sogar der Religionsunterschied eine Verschiedenheit der Gesetze in einem mit der Religion gar nicht verbundenen Objekte hervorbringe!

Ausdrüklich erkennen die Reichsgesetze in ununterbrochener Reihe die Appellationen von Beiurtheilen, welche die Kraft eines Endurtheils nicht haben, für zuläßig, ohne den Umstand: ob die Beschwerde durch Berufung wider das Endurtheil gehoben werden kann? auch nur von ferne zu berühren. Es ist also ein durch deutliche Reichsgesetze entschiedener Saz des deutschen gemeinen Prozesses, daß von allen auch simplen Interlocuten eine Appellation zugelassen sey, ohne auf den Unterschied zu sehen, ob die Beschwerde durch Appellation gegen das Endurtheil gehoben werden kann oder nicht.

XXI.

Ohnehin ist es eine misliche Sache um die Beschwerden, welche durch Appellation wider das Endurtheil gehoben werden können, fehler-

haft jede Gesezgebung, welche von diesem Satze die Rechtsvertheidigung abhängig macht, und Dank sey den Verfassern unserer Reichsgesetze gesagt, daß sie uns mit Auflösung dieses Räthsels verschont haben. Wie leicht kann nicht eine Sache durch beschwerende Interlocute verschoben werden, wie leicht daraus ein unersezlicher Schaden erwachsen, und wie ungerecht handelt die Gesezgebung, die dem Bürger nicht nur zumuthet, eine Ungerechtigkeit zu ertragen, bis ihn eine doppelte zur Appellation wider das Endurtheil nöthigt, sondern die auch den Bürger in ein Labirinth stürzt, da sie keinen Erkenntniß-grund für Beschwerden, welche durch Appellation wider das Endurtheil gehoben werden können oder nicht, angibt, und von einem so unbestimmt hingeworfenen Satze die Rechte abhängig macht!

Ungleich weiser sind die Verordnungen der Reichsgesetze, welche da, wo Rechtsverletzung ist, auch Rechtsmittel erlauben, aber den Lauf der Sache in Appellationen gegen simple Interlocute so bestimmen, daß daraus kein empfindlicher Verzug für den Ausgang der Hauptsache selbst entstehen kann. Wenigstens geht dahin ihre Absicht, und sollten sie auch nicht ganz er-

schöpfende Mittel gewählt haben, so können die, se verbessert werden, ohne daß man in die Ungerechtigkeit verfallen dürfte, die Vertheidigung selbst ganz abzuschneiden, wo durch einige Modificationen im Laufe einer solchen Appellation allem Schaden vorgebeugt werden kann.

XXII.

Aus diesem Gesichtspunkt sind die Eigenheiten zu beurtheilen, welche bei Appellationen gegen simple Interlocute beobachtet werden müssen: nämlich 1) die Einwendung derselben muß schriftlich geschehen, und 2) die Aufzählung der Beschwerden namentlich enthalten, damit der Unterrichter überlegen kann, ob er die Beschwerde nicht selbst haben wolle. 3) Wenn der Unterrichter der Appellation nicht deferirt, so kann er, bis der Oberrichter inhibirt, in der Sache fortfahren. 4) Die Rechtswohlthat, neue Gründe und Beweise vorzubringen, fällt hier hinweg a). 5) Ob durch diese Appellation die Hauptsache selbst an den Oberrichter devolvirt werde, habe ich in einer vorausgehenden Abhandlung untersucht.

a) Danz §. 418. woselbst die Beweise aus den Gesetzen für jeden dieser Sätze angeführt sind.

XLI.

Vom Bescheide des Unterrichters auf eine bei demselben eingelegte Appellation.

I.

Da bei dem Richter, wider dessen Ausspruch die Appellation ergriffen wird, die Einwendung dieses Rechtsmittels geschieht, und ein ganz neuer Abschnitt im Verfahren beginnt, so ist schon hieraus klar, daß eine Verfügung des Richters auf die Einlegung erfolgt, wodurch der Uebergang von einer Instanz zur andern geschieht. Ausser allem Zweifel aber ist dieses durch die Förmlichkeiten gesezt, welche nach dem gemeinen Prozesse im Gefolge der Appellationseinwendung stehen. Schon bei der Interposition stellt man an den vorigen Richter das Gesuch: „der Appellation zu deferiren“, und erklärt dadurch, daß man von ihm einen Beschluß hierauf erwarte; schon die Römer kannten unter

dem Namen literae dimissoriae oder Apostoli das Zeugniß des Unterrichters an den oberen Richter über die gehörig geschehene Einwendung a), wovon die ältere an Erfindung unnöthiger Eintheilungen erfinderische Praxis vielerlei Arten auzugeben wußte. Zwar hoben die Reichsgesetze die Nothwendigkeit einer Bitte um Apostoln auf, ohne sie eben zu verbieten, und sezten das Fatale der Aktenrequisition an ihre Stelle b); aber selbst diese macht noch immer einen Beschluß des Unterrichters auf die Appellationseinwendung nothwendig, wovon hier ausführlicher gehandelt werden soll.

II.

Zwei Stücke erwartet der Appellant vom Unterrichter: erstens ein gerichtliches Zeugniß über Beobachtung der Fatalien; zweitens eine Erklärung über die bei ihm interponirte Appellation. Man sollte glauben, die Herausgabe der Akten sey das dritte Stück, da um sie ausdrüklich gebeten wird. Einige Länder haben auch die

a) Tit. D. de libellis dimissoriis, qui Apostoli dicuntur.

b) K. G. O. Th. II. Tit. XXX. §. 1. J. R. A. §. 61. 63.

Verordnung, daß die Akten voriger Instanz dem Beschwerdenlibelle beigelegt werden müssen. Allein die Reichsgerichte begnügen sich mit Einhaltung der Nothfrist der Aktenrequisition, und sehen die wirkliche Herausgabe der Akten erst nach erkannten Appellationsprozessen für nothwendig an. Die Reichsgesetze unterstützen diese Procedur, und nach dem gemeinen Prozesse gehört die Extradition der erstrichterlichen Akten nicht zu den Verfügungen des Richters nach interponirter Appellation.

Auf entscheidenden Gründen beruht diese Verfahrungsart, und ich habe niemals die Verordnungen, nach welchen der Appellant seinem Beschwerdenlibelle die Akten voriger Instanz beilegen muß, unter die bessern Gesetze zählen können. Wie oft werden dem Appellanten vergebliche Kosten verursacht, da er Aktenabschriften zahlen soll, ehe er noch weiß, ob der Oberrichter die gebetenen Prozesse erkennt! Wie viel unnützes Zeug muß nicht abgeschrieben werden, wie viel Zeit fordert nicht die Abschreibung voluminöser Akten, welcher Aufenthalt wird nicht hierdurch veranlaßt, ehe es nur zur Rechtfertigung der Appellation kommen kann!

Man soll freventlichen Appellationen vorbeugen, dies ist der Zweck; aber mit ihm steht dieses kostbare, mühsame, verzögernde Mittel sichtbar in keinem Verhältniß. Weit besser wäre es, dem Richter durch ein Gesez allgemein zu befehlen, daß er seinem Zeugnisse über Einhaltung der Appellationsfatalien mit größter Präcision den eigentlichen Status controversiae a) und den Hauptentscheidungsgrund einverleibe, und dieses dem Appellanten offen hinausgebe, welcher es dem Beschwerdenlibell beilegen muß, und controlliren kann, wenn der Unterrichter den Status controversiae unrichtig angegeben hat. Bei abgeschlagenen Appellationsprozessen dürfte dem Richter für diese Arbeit eine angemessene Vergeltung bestimmt werden, um so mehr, weil der Appellant hierdurch in den Stand gesezt war, über den Grund seiner Appellation eine vollkommene Ueberlegung anzustellen. Bei erkannten Appellationsprozessen aber müßte der Richter sich selbst die Mühe zuschreiben, und so würde gewiß kürzer, mit gleicher Sicherheit und Ver-

a) Die Verordnungen der königl. preuß. Gerichtsordnung hierüber sind ein Meisterwerk, das gar nicht übertroffen werden kann; man vergl. mein Handb. B. I. S. 293.

meldung eines unnöthigen Aufwandes der nämliche Zweck ganz erreicht, den man sich bei der Aktenvorlage im Beschwerdenlibelle vorgesteckt hat. Sehr zweckmäßig ignorirt demnach der gemeine Prozeß diese Hinausgebung der Aktenabschriften nach interponirter Appellation, und ich habe nur von jedem der im Eingang benannten zwei Stücke besonders zu handeln.

III.

A. Das Zeugniß über Einhaltung der Fatalien darf kein allgemeines seyn, da es sonst in ein unbestimmtes Zeugniß übergehen, und der Unterrichter sich eine Beurtheilung dessen zueignen würde, was zum Erkenntniß des Oberrichters gehört; denn ohne Reflexion läßt sich nicht bestimmen, daß die Fatalien eingehalten worden seyen. Eigentlich sollte demnach der Appellant im Untergerichte nichts erhalten, als Zeugnisse über eine jede zum Behufe seiner Appellation dortselbst vorgenommenen Handlung, aus deren Zusammenstellung sodann die Beobachtung der Feierlichkeiten beurtheilt werden kann.

Selbst dieses Zeugniß wird besser durch Protokollauszüge, als durch ein eigentliches At-

testat ertheilt, da der Richter in gerichtlichen Handlungen immer besser und anständiger, unmittelbar durch die Akten als durch Attestate spricht. Hat nun der Richter ein Aktenprotokoll ordentlich gehalten a), so hat er jedes Exhibitum oder mündlich geschehene Handlung registrirt, und er kann nunmehr einen Protokollarextrakt über alle zur Appellation gehörige Handlungen ertheilen, aus welchem die Beobachtung der Feierlichkeiten sich beurtheilen läßt.

Will aber der Richter, besonders weil wenige ein Aktenprotocoll halten, über die Förmlichkeiten ein Zeugniß (Documentum rite interpositae appellationis) ausstellen, so muß er dem Appellanten herausgeben: 1) das Urtheil in beglaubter Form und mit genauer Anzeige des Tages und der Stunde seiner Verkündung. 2) Im Documento rite interpositae appellationis eine Anzeige a) des Tages und der Stunde der Interposition b) der geschehenen Aktenrequisition, wobei der Tag des Präsentatums genügt, und c) im Falle als Ausnahme noch andere Solennitäten bei dem Unterrichter Statt finden, z. B. die Erle-

a) Mein Handb. B. I. S. 403.

gung eines Appellationsgulden, Abschwörung des Appellationseides, auch die Angabe des Tages, wenn diese Solennitäten beobachtet worden sind.

IV.

B. Sonderbar ist es, daß die Gesetze vom Unterrichter eine Erklärung über die bei ihm eingelegte Appellation fordern. Durch die Devolutivkraft der Appellation ist dem Unterrichter alle Entscheidungsgewalt entzogen, und schon hieraus leuchtet hervor, daß der Beschluß, welchen derselbe hier faßt, kein eigentliches Erkenntniß sey.

Noch mehr wird der Saz: diese Erklärung sey kein Urtheil, dadurch ausser Zweifel gesezt, daß das kaiserliche Reichskammergericht schon im Jahre 1715. durch ein Conclusum pleni entschieden hat: es sey nicht nothwendig, ab apostolis refutatoriis ad effectum obtinendorum processuum denuo zu appelliren a). Man findet auch täglich, daß der Unterrichter einer Appellation Wirkungen versagt, welche ihr der Oberrichter zugesteht, oder daß erst vom

a) Balemann Visitationsschlüsse S. 259.

Oberrichter die Suspensivkraft versagt wird, obgleich der Unterrichter der Appellation simpliciter deferirte. Wenn der Unterrichter der Appellation deferirt, so schadet dies dem Appellaten nicht, und der Oberrichter kann noch immer die Prozesse ganz oder zum Theil abschlagen; es darf also auch die Nichtdeferirung dem Appellanten nicht schaden, und die Erkennung der Prozesse von Seiten des Oberrichters nicht hindern, denn die Rechte beider streitenden Theile sind gleich. Sollte wohl das Wort deferiren, womit man die Erklärung des Unterrichters bezeichnet, eine besondere Eigenschaft seiner Entschließung auf Einlegung der Appellation andeuten? Wie weit geht also hierin die Macht des Unterrichters?

V.

I) Das Erkenntniß über Erheblichkeit der Beschwerden liegt ganz ausser dem Kreise seiner Gewalt, niemals kann er, weil ihm die Beschwerde unerheblich scheint, der Appellation nicht deferiren; indessen benützen kann er diese Gelegenheit, um den Oberrichter auf die Unerheblichkeit der Beschwerde aufmerksam zu machen.

Wenn nämlich eine Appellation bei ihm interponirt wurde, so kann er im Eingange seines darauf zu fassenden Beschlusses eine kurze Zusammenstellung des Factums samt den Entscheidungsgründen vorausschicken, hieraus den Schluß ziehen, daß gegen das Urtheil eine gegründete Beschwerde nicht gedacht werden könne, und mit dem Anhang endigen, daß dennoch der eingelegten Appellation aus Verehrung gegen den Oberrichter deferirt werde. Hierdurch wird dem Urtheil des Oberrichters nicht vorgegriffen, und dennoch sowohl der Appellant den Ungrund seiner Appellation einzusehen, und von ihr selbst abzustehen, als der Richter, sich von der Unerheblichkeit der Beschwerden zu überzeugen, und frivole Appellationen abzuschneiden in den Stand gesezt. Diese Procedur, welche freilich einen denkenden Kopf im Unterrichter voraussezt, verdient eine allgemeine Empfehlung; sie hält manchen Unterrichter, von Leichtsinn oder Nachläßigkeit, deckt die Blößen des schwachen oder unredlichen Mannes bald auf, macht den Aufwand von Zeit und Kosten, der mit den Schreiben um Bericht verbunden ist, entbehrlich, und trägt selbst ein höheres Gepräge von Offenheit, als die ver-

schlossenen einzuschickenden unterrichterlichen Berichte.

VI.

II) Ist eine Nothfrist verabsäumt worden, oder steht der Zulässigkeit einer Appellation etwas an Qualität der Sache, z. B. Appellationssumme, immer aber abgesehen von Erheblichkeit der Beschwerde im Wege, so kann der Unterrichter erklären, daß er der Appellation nicht deferire, doch muß er die Ursache dabei ausdrücken.

III) Eben dieses tritt ein, wenn der Unterrichter glaubt, daß durch die Appellation die Vollziehung nicht gehemmt werde, als in welchem Falle er der Appellation lediglich quoad effectum devolutivum deferire.

Aber hier stehen wir an der eigentlichen, bisher noch nicht befriedigend beantworteten Frage: was hieraus für eine rechtliche Folge entspringe? — Daß der Appellant von diesen apostolis refutatoriis nicht neuerlich zu appelliren brauche, diese also kein Urtheil ausmachen, welches ohne eine neue Appellation in Rechtskraft übergeht, habe ich bemerkt; — daß auch eine

neue Appellation gegen die refutatorische Erklärung des Unterrichters nichts nütze, folgt hieraus von selbst, wenn auch einige sehr inconsequent behaupten, der Unterrichter müsse dieser Appellation von der Verwerfung deferiren. a) — Eben so wenig darf man zweifeln, daß der Oberrichter dieser refutatorischen Erklärung ungeachtet die Appellation auch mit Suspensivkraft annehmen könne; — also dahin erstrecken sich die Wirkungen dieser Erklärung des Unterrichters nicht. — Und doch kann sie auch nicht ganz zwecklos seyn, doch können die Gesetze, ohne mit sich selbst im Widerspruche zu stehen, sie nicht einführen und ihr alle rechtliche Wirkungen entziehen! Nur durch Absonderung der hier denkbaren Fälle kann die Aufgabe befriedigend gelöset werden.

VII.

1) Deferirt der Unterrichter einer Appellation wegen verabsäumter Nothfristen nicht, so kann derselbe vor erfolgter Desertionserklärung des Oberrichters in der Sache nicht

a) Grolman Theorie des ger. Verf. hat §. 215. sch. d. diese Inconsequenz sehr richtig gerüget.

fortfahren, und am allerwenigsten deshalb die Execution verhängen, so bald der Appellant zeigt, daß er die Appellation bei dem Oberrichter fortgesezt habe.

Alle Nothfristen bei Appllationen ohne Ausnahme sind, wie ich an einem andern Orte gezeigt habe *a*), Bedingung der Appellation, folglich dem Erkenntniß des Oberrichters ausschliessend unterworfen, da nur ihm, keinesweges aber dem Unterrichter die Entscheidung über Erkennung oder Abschlagung der Appellationsprozesse zukömmt. Verabsäumte Nothfristen mag der Unterrichter rügen, und durch seine Nichtdeferirung dem Oberrichter auf den Mangel aufmerksam machen, aber diese Erklärung ist auf keine Weise ein Erkenntniß, sie benimmt der ausschließenden Dijudicatur des Oberrichters über alles, was zur Appellation gehört, gar nichts, und berechtiget um so weniger den Unterrichter zur Vollstreckung seines als problematisch zu betrachtenden Erkenntnisses, da der Appellant bei

a) Erörterungen über den gemeinen Proz. S. 106 woselbst ich bewiesen habe, daß die Restitution gegen verabsäumte Nothfristen nur bei dem Oberrichter nachgesucht werden könne.

dem Oberrichter um Restitution gegen verabsäumte Fatalien bitten kann, und vor der Desertionserklärung, welche der Oberrichter allein entscheidend machen kann, im Rechtsinne das erstrichterliche Urtheil als rechtskräftig nicht betrachtet, also auch vom Unterrichter nicht vollzogen werden darf. Bedingt existirt vielmehr die Appellation, wenn die Nothfrist, wenigstens durch erlangte Restitution zu rechtfertigen ist, und bei noch schwebender Bedingung kann der problematische erstrichterliche Ausspruch nicht exequirt, vom Unterrichter in der Sache nicht fortgefahren werden.

VIII.

2) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Unterrichter der Appellation nicht deferirt, weil er nach den Qualitäten der Sache eine Appellation für unzulässig erklärt. Hier denkt er sich die Sache im Rechtssinne wegen Mangel der gesezlichen Qualitäten gar nicht devolvirt, nicht einmal unter der Bedingung einer etwa durch Restitution zu ergänzenden Förmlichkeit; nicht einmal bedingterweise ist seine Gerichtsbarkeit suspendirt, alle im vorigen Falle entscheidenden Gründe hören bei diesem

Falle auf, und nichts kann ihn hindern, mit der Vollstreckung fortzufahren. Setze man den Fall, daß in einer nur 200. fl. betreffenden Sache ein Theil an ein Reichsgericht appelliren wollte, wer würde bei diesem offenbar nicht devolublen Streite die Jurisdiction des Unterrichters für suspendirt ansehen? Eine nothwendige Folge hievon ist, daß der Unterrichter von der Einwendung eines an sich unstatthaften, durch keine Bedingung zu begründenden Rechtsmittels nicht abhängen könne, folglich in seinem Verfahren unaufgehalten fortschreite.

IX.

3) Eine besondere Untersuchung aber fordert es, was für ein Rechtsverhältniß entstehe, wenn der Unterrichter einer an sich zulässigen Appellation deferirt, derselben aber, wegen obwaltender Gefahr auf dem Verzuge, die Suspensivkraft nicht zugesteht.

Verwickelt ist dieser Punkt; denn wo die Appellation an sich nicht unzulässig ist, und der Unterrichter ihre Devolutivkraft selbst anerkennt, indem er ihr, nur mit Ausnahme der Suspen-

sivwirkung deferirt, da ist doch die Betrachtung nicht auf die Seite zu seßen, daß die Gerichtsbarkeit des Unterrichters überhaupt suspendirt ist; demnach ganz eigene Grundsäße erfordert werden, um hieraus seine Befugniß, über die Suspensivkraft der Appellation zu erkennen, richtig abzuleiten. Die Beschwerde wird noch merklich dadurch vergrössert, daß der Unterrichter zu dieser Versagung durch einen Antrag des Appellaten nicht veranlaßt wird, sondern dabei von Amtswegen handelt, woher es dann kommt, daß der Appellant meistens den Unterrichter zur Partei macht, sich über dessen Härte oder Parteilichkeit beschwert, und Attentatenanzeigen, Kostenaufwand, Vermehrung der Verhandlungen hieraus entstehen.

Ich bekenne offenherzig, daß mir das Verfahren nach eingelegter Appellation sehr unvollkommen zu seyn scheint. Ich würde 1) nach derselben fordern, daß der Unterrichter dem Appellaten eine legale Nachricht von der eingelegten Appellation gebe. Hierdurch wird derselbe 2) in den Stand gesezt, seine Rechte über Zulässigkeit der Appellation überhaupt und insbesondere über ihre Wirkungen zu verwahren. Wollte nun der

Appellat keine Suspensivkraft der Appellation zu, gestehen, so müßte er innerhalb 14. Tagen zer, störlicher Zeitfrist eine besondere Schrift überge, ben, worin er die auf dem Verzuge haftende Ge, fahr hinreichend darlegte und bei zweifelhaften faktischen Gründen diese Gefahr hinreichend bescheinigte, um hierdurch den Antrag, daß der Appellation ungeachtet das Urtheil vollstreckt werde, zu begründen. Würde 4) der Appellat innerhalb dieser 14. Tage den Antrag nicht ma, chen, so müßte sein Stillschweigen für einen Verzicht ausgelegt, und nur aus Veränderung der Umstände nach diesem Termine, somit aus erst nachher entstandener Gefahr, dieser Antrag noch zugelassen werden. 5) Ohne eine Verhand, lung unter den Parteien über diesen Punkt zu erlauben, sollte nun der Unterrichter über die Suspensivkraft provisorisch erkennen; hiebei je, doch 6) den Antrag des Gegners dem Appellan, ten mittheilen, damit dieser dagegen 7) bei dem Oberrichter seine Rechtszuständigkeiten ausführen könnte; wie es sich denn 8) von selbst versteht, daß die Verwilligung oder Versagung des appel, latischen Antrags nur eine provisorische, durch den Oberrichter, auch ohne neue Appellations, einlegung, bei Erkennung der Appellationspro,

zesse immer abänderliche Verfügung wäre. — Ich bitte um Vergebung für diese frommen Wünsche, und kehre zur Sache zurük.

X.

Wir können weder den Grund noch den Umfang der Rechte, welche hierin dem Ober, oder Unterrichter zukommen, genau angeben, ohne in dasjenige zurükzugehen, was über die positive Thätigkeit des Richters oben *a*) ausgeführt worden ist.

Unläugbar gehört die Bestimmung über die Wirkungen der Appellation, nach allen über das Appellationsverfahren im gemeinen Prozesse angenommenen Grundsätzen, zu den Objekten der richterlichen Reflexion, worin der Richter ohne vorausgehenden Antrag des interessirten Thiels von Amtswegen thätig ist. Allein dieser Grund beweiset blos: daß ein Richter darüber zu entscheiden habe, ohne genau anzuzeigen, ob die Entscheidungsgewalt dem Ober, oder Unterrichter zukomme. Soll demnach diese Frage, worauf es hier eigentlich ankommt, genau beantwortet, soll das Verhältniß dieser beiden Gerichtshöfe gegeneinander richtig ausgemittelt wer-

a) Im Handbuch Band II. S. 100 — 151.

den, so muß noch ein anderer Grund, der als entscheidend unter zwei einwirkenden richterlichen Subjekten zu betrachten ist, aufgesucht werden. Ich werde die Gründe sogleich an das Resultat anreihen.

XI.

a) Suspendirt wird durch Appellation die Gewalt des Unterrichters; und von des Oberrichters Entscheidung, im sogenannten Relevanzbescheide, hängt das Schicksal einer Appellationssache, folglich auch dies ab, ob bey Erkennung der Appellationsprozesse, dem Rechtsmittel Suspensivkraft zugestanden werden soll. Daß demnach eigentlich nur der Oberrichter über Suspensivwirkung eine fortdauernde Bestimmung bis zum Ausgang der Sache in der Appellationsinstanz machen könne, ist um so mehr einleuchtend, als die vom Oberrichter zu erlassende Inhibition einen Theil der zu erkennenden Appellationsprozesse ausmacht.

XII.

b) Aber bis der Oberrichter im Stande ist, hierüber das erforderliche zu bestimmen, vergeht nach dem jezt geltenden Appellationsverfahren ein

langer Zeitraum. Getrennt ist die Einwendung der Appellation bei dem Unterrichter von ihrer Einführung und Rechtfertigung bei dem Obergerichte; jene ist zwar auf den engen Zeitraum von zehen Tagen eingeschränkt, vor deren Verlauf überhaupt auch ohne Gebrauch eines Rechtsmittels nicht zu erwarten ist. Allein einen größern Zeitraum fordert die Introduction und Justification bei dem Oberrichter, damit der Termin mit dem Umfange der einzubringenden Deduction im Verhältniß stehe, weshalb für die meisten Landesgerichte ein Termin von zwei Monaten, für die Reichsgerichte aber von vier Monaten festgesezt, und selbst eine Verlängerung dieser Termine erlaubt ist.

Vor Ablauf dieses langen Zeitraums ist weder der Appellant zu einer Anzeige seiner Appellation bei dem Oberrichter verbunden, noch dieser, ohne die Anzeige erhalten zu haben, im Stande, über die Appellation und ihre Suspensivkraft etwas zu bestimmen, und wenigstens bis zum Relevanzbescheide des Oberrichters würde einer Appellation ganz gegen den Willen unserer Gesetze die Suspensivkraft zukommen, wenn dem Unterrichter alle Cognition darüber entzogen

wäre. Da nun die Abwendung einer auf den Verzuge haftenden Gefahr der Grund ist, wegen welcher der Appellation in manchen Fällen die Suspensivkraft versagt ist, so ist es Bedingung der Wirksamkeit dieser Verordnung, daß der Unterrichter über die Suspensivkraft verfügen könne, da nur durch ihn nach Erforderniß der Umstände die auf dem Verzuge haftende Gefahr abgewendet werden kann.

XIII.

c) Dieser Grund bezeichnet aber auch die Wirkungen jener Verfügung, worin der Unterrichter einer Appellation in Rükſicht auf Suspensivkraft nicht deferirt. Augenblikliche Abwendung der Gefahr ist der Grund seines Einflusses, der nicht weiter reicht, als diese Gefahr nur durch den Unterrichter abgewendet werden kann. Hieraus folgt, daß die Verfügung des Unterrichters nur eine provisorische Kraft bis dahin habe, wo der Oberrichter darüber eigentlich entscheidet. Sie ist auf keine Weise unabänderlich, sie beschränkt die oberrichterliche Gewalt nicht, es ist ganz unnöthig und unnüz, dagegen neuerlich zu appelliren, der Appellant muß sich derselben einstweilen, wie jeder Provisionalverfügung

unterwerfen, den Unterrichter darf eine neue Appellation gegen seine provisorische Bestimmung nicht irre machen; aber der Oberrichter kann ohne eben eine neue Appellation gegen die partielle Verwerfung vorauszusetzen, sie abändern und der Appellation, ungeachtet der entgegengesezten unterrichterlichen Verfügung eine Suspensivkraft zugestehen, so gut er ihr diese Wirkung versagen kann, sollte auch der Unterrichter einer Appellation schlechthin deferirt haben. Dem Appellanten bleibt also bei versagter Suspensivkraft von Seite des Unterrichters nichts übrig, als daß er dem Oberrichter die Gründe vorlegt, welche diesen bestimmen können, der Appellation bei Erkennung der Prozesse die Suspensivkraft zuzugestehen.

XIV.

Warnen muß ich hierbei den Appellanten gegen die Anwendung des Satzes, daß man sich zur Erhaltung des Besitzes auch dem Richter, der gewaltthätig, einseitig und offenbar gegen die Gesetze verfährt, ungestraft widersetzen könne. Ich kenne zwar die Gesetze, durch welche man ihn zu beweisen sucht *a*), und die ange-

a) L. 5. C. de jure fisci L. ult. C. de discussor L. 5. C. de executor.

gesehenen Rechtslehrer, die ihn vertheidigen b); aber ich kenne auch die Gefahren, welche er den Appellanten bereitet, die sich ihm vertrauen, und ich habe an einem andern Orte c) ein sehr merkwürdiges Beispiel eines hierdurch veranlaßten Rechtsfalls geliefert, der nur darum den Namen eines Justizmords verdient, weil der Unterrichter offenbar unfähig war, darüber zu entscheiden.

Sey es auch, daß römische Gesetze den Saz begünstigen, obgleich die angeführten Stellen noch manchen Zweifel hinter sich lassen, so ist er dennoch mit der Vernunft so wenig vereinbar, daß weise Gesetze eines Staats den Saz baldmöglich vertilgen sollten. Denn welcher Grundsaz des allgemeinen Staatsrechts kann es rechtfertigen, daß man dem Ausspruch des Richters, die Meinung der Partei als Gegengewicht an die Seite stellt, oder dem Unterthan die

b) Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. S. 355.

c) Meine auserles. Rechtsf. B. I. S. 443. woselbst ich besonders die Frage untersucht habe: in wie weit der Unterrichter über Handlungen des Appellanten, wodurch dieser den Richter beleidigte, zu erkennen befugt sey?

Macht zuspricht, sich der Vollziehung richterlicher Aussprüche zu widersetzen? Verantwortlich bleibt immer der Richter, welcher widerrechtlich handelt, er werde nicht nur zum Schadenersatze verurtheilt, sondern ihn treffe eine schwere Strafe, denn er mißbraucht das heiligste Mittel zur Erreichung des Staatszweks für ein Spiel seiner niedrigen Leidenschaften. — Aber der Saz, daß man der Staasgewalt in ihren Functionen Widerstand leisten könne, welcher im offenbaren Widerspruche mit dem Begriffe eines Staates steht, welcher dem Staatsbürger in der Anwendung ohnehin, wegen der Möglichkeit einer schiefen Beurtheilung seiner eigenen Sache, und wegen der nahen Gelegenheit eines Exzesses in Vertheidigung seines Besitzes, hundert Gefahren bereitet, werde aus den Gesetzen vertilgt!

XLII.

Ueber die Klage wegen unheilbarer Nichtigkeiten.

I.

In der wichtigen Lehre von der unheilbaren Nichtigkeitsklage herrscht noch so viel Ungewißheit, daß man nicht ohne Furcht zu dem Versuche schreitet, sie zu berichtigen. Denn wenn soll es nicht zurükschrecken, einen Gegenstand zu bearbeiten, welcher schon viele denkende Rechtsgelehrte *a*) mit sehr ungleichem

a) Auser den ältern Schriftstellern, besonders dem voluminösen Vantius de nullitate processus ac sententiarum, verdient hier ausgezeichnet zu werden. Pütter de querelae nullitatis et appellationis conjunctione, in Opuscul. rem jud. imp. illustr. N. VIII. Biederman de vera sen-

Glücke beschäftigte? Doch sey der Versuch gewagt. Entfernt von aller Anmassung hab ich mir es zum Grundsatz gemacht, bei Streitfragen, worüber man nach vielen gelehrten Debatten dem Ziele nicht näher kam, an der Richtigkeit des Standpunktes zu zweifeln, und mehr diesen, als specielle Gründe, in Revision zu nehmen. Ich fand ihn schon sehr oft durch Erfahrung bewährt, vielleicht versagt er uns auch hier seine Dienste nicht!

II.

Schon dunkles Gefühl der Billigkeit scheint es zu fordern, daß eine Verabsäumung des engen Termins von zehen Tagen, auf welchen die Appellation als das ordentliche Rechtsmittel gegen Erkenntnisse beschränkt ist, ihre Wirkungen auf den enormen Grad einer Rechtsverletzung durch ein nichtiges Urtheil nicht erstrecke. — Ausserordentlich scheint der Fall einer Nichtigkeit,

tentiarum nullitate Lips. 1772. Meyer de nullitate sententiarum sanabili et insanabili. Götting. 1777. Schnaubert Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten Gießen 1780. 8. Weiss de causis et praescriptione querelae nullitatis. Lips. 1801.

ausserordentlich sey auch die Hülfe; niemand wird sich daher wundern, wenn er die Nullitäts-klage mit vielen Begünstigungen schon im römischen Rechte anerkannt findet, denn die Verordnungen desselben sind meistens auf natürliche Billigkeit gebaut; nur sind alle Mängel des römischen Rechtskörpers auch bei diesem Gegenstand fühlbar. Das Recht geht nicht von einem oberen Grundsaz zu den unrergeordneten über, es bestimmt blos einzelne Fälle, und hinterläßt uns die Aufgabe, die Bruchstücke zu ordnen, aus einzelnen Bestimmungen Grundsätze auszuheben und aus diesen ein wissenschaftliches Ganzes zu bilden; woher es denn kömmt, daß sich Ansichten und Meinungen auf eine sonderbare Art durchkreuzen.

Und doch betrachtete der Römer die Sache aus einem richtigeren Gesichtspunkte, als die neuern Rechtslehrer. Anstatt daß diese Nullität als Genus aufstellen, und unter dasselbe alle Gründe bringen, wegen welcher Urthelle noch innerhalb dreißig Jahren angefochten werden können, geht das römische Recht einen andern Weg, spricht von Erkenntnissen, welche ohne Appellation angefochten werden können, und zählt nich-

tige Erkenntnisse nur als eine Art a) auf; ohne Vergleich mit einem schärferen Blicke, denn wer vermag Berichtigung eines Rechnungsfehlers, Beweis der Falschheit der Zeugenaussagen oder der Urkunden als eine Richtigkeit des Urtheils zu rechtfertigen?

III.

Groß waren die Begünstigungen, welche dieses Rechtsmittel bei den Römern fand, nur zehen Tage standen zur Appellation — drei-ßig Jahre waren zur Nullitätsklage offen; wie einladend es für den Gekränkten war, sein Recht auch nach verstrichenen Appellationsfristen verfolgen zu können! Rechne man noch die Bestätigung des kanonischen Rechts a) hinzu, um es sehr erklärbar zu finden, daß das Rechtsmittel der Nullitätsklage bald in Deutschlands Gerichte drang.

a) Tot. Tit. Dig. quae sententiae sine appellatione rescindantur. und im Codex Lib. VII, Tit. 43. 48. 56. 58. 64.

a) Cap. 1. und 13. X. de Sentent. et jud. cap. 26. de reg. jur. in 6.

Eben dieser häufige Gebrauch erregte die Aufmerksamkeit unserer vaterländischen Gesezgeber; schon die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1521. b) giebt davon Meldung, und noch mehr sprechen die folgenden Gesetze von diesem Rechtsmittel. Aber unfruchtbar ist hier das Eindringen in die Geschichte der Gesetzgebung. Bis zum jüngsten Reichsabschied drehte sich alles in dem Zauberkreise von Unbilligkeit (iniquitas) und Nichtigkeit (nullitas) der Urtheile; diese Gränze, worüber beinahe in allen Prozessen gestritten wurde, mußte abgesteckt werden, wenn nicht der Chicane der weite Spielraum eines dreißigjährigen Zeitraums geöffnet seyn sollte. Die Gesetze fühlten die Nothwendigkeit dieser Gränzbestimmung, aber sie thaten für diesen Zweck keinen entscheidenden Schritt, und vergebliche Mühe würde es seyn, wenn ich diese folgenleere Geschichte der Gesezgebung hier nach andern Schriftstellern c) wiederholte.

b) Tit. 21. §. 1.

c) Pütter a. a. O. S. 311. u. ff. Schnaubert a. a. O. §. 3. u. 4.

IV.

Erst im siebzehnten Jahrhundert, wo noch im Sturme des dreißigjährigen Krieges, bei der ersten auflebenden Hofnung des Friedens, Deutschlands patriotische Stände auf eine solide Reform des Justizwesens ihr Augenmerk richteten, gab man sich Mühe, diese Gränzen durch Grundsätze genauer abzustecken, und Baiern gebührt die Ehre, daß es durch seinen Gesandten auf dem Frankfurter Deputationstage im Jahre 1644. diesen Gegenstand in den Reichsverhandlungen zur Sprache brachte. Bei Verlesung des Concepts über die vorher gemachten Beschlüsse erinnerte der baierische Gesandte: „wolle — erinnert haben, daß nachdem in Ca- „mera inter sententiam nullam et injustam „so weit ein Unterschied gemacht worden, daß „ratione illius nicht vonnöthen intra certum „tempus die querelam nullitatis zu interpo„niren, sondern solches innerhalb 10. 20. 30. „und mehreren Jahren zu thun vorbehalten ge„wesen, also zur Abschneidung solcher Weit„läuftigkeit, und damit der obsiegende Theil „wissen möge, ob und wenn die für ihn ergan„gene Urtheil in ihre Kraft und Würkung end„lich erwachsen, nicht undienlich seyn würde,

„wann dieser Unterschied ganz aufgehoben und „statuirt werden sollte, sowohl a sententia „nulla als injusta intra decendium zu appelli„ren“ *a*). Schon war Braunschweig, letzteres iedoch nur, wenn es auf ein Decennium gemeint wäre, der baierischen Erinnerung beigetreten, als Pommern, zwar mit Ansetzung eines engern Termins zur Einbringung der Nullitäten einverstanden, dem baierischen Monitum den Einwurf machte, daß der ordentliche Appellationstermin von zehen Tagen in Nullitätsfällen viel zu eng sey. Die Deputirten sprachen wohl noch länger über die Sache, ohne jedoch etwas anders zu beschließen, als daß man dem baierischen Voto und der pommerischen Erinnerung ferner nachdenken wolle *b*).

In dem hieraus entstandenen Reichsdeputationsgutachten wurde Num. 11. vorgeschlagen „zur Verhütung nun dergleichen unnöthigen „Disceptationen (ob sententia nulla oder injusta sey), so wäre der Reichsdeputirter Chf. F.

a) Bei Meyern Acta Comit. Ratisbonn. Tom II. S. 163.

b) Ebendas. S. 164.

„u. St. Gesandten Meinung nach, durch künf-
„tigen Reichsdeputationsabschied zu sanciren,
„quod fatale interponendae appellationis
„tam a sententia injusta quam a sententia nul-
„la, decendium esse debeat, und daß der,
„welcher sich per sententiam nullam beschweret
„zu seyn vermeinet, nicht zuzulassen, wann er
„intra decendium von solcher Beschwerung
„nicht provocirt. Würde gleichwohl der verlu-
„stigte Theil nach erörtertem Proceß, nullita-
„tem sententiae in Erfahrung bringen, soll
„derselbe restitutionem in integrum zu suchen,
„und nullitatem zu deduciren befugt seyn. " c).

So gut es auch gemeint war, so hätte doch dieses Deputationsgutachten nicht zum Ziele geführt, denn nicht nur, daß der Unterschied inter sententiam nullam et injustam noch fortgewirkt hätte, da nur bei jener, nicht aber bei dieser eine Restitution zuläßig war, so würde nun an eine ohnehin streitige Lehre noch eine Kette von Streitigkeiten angeschlossen worden seyn. Sicher hätte der Vorschlag seinen Zweck verfehlt, kein Palliativmittel konnte mehr heilen, man muß-

c) Meyern a. a. O. S. 202.

te nach Baierns Antrag die Nichtigkeitsklage mit der Appellation ganz vereinigen, oder bei aufgestellter Trennung die Nullitäten genauer bestimmen.

V.

Der Reichstag zu Regensburg hatte die ordentliche Reichsdeputation zur Untersuchung des Justizwesens niedergesezt; von ihren Abstimmungen liefert Meyern nur die Resultate, und da hieß es bei dem 11. §. des Frankfurter Deputationsgutachtens: „ist erinnert worden, „daß wann eine Partei dociren könnte, daß „notorie in concipiendis sententiis nullitates „mit eingeloffen, solche ad restitutionem in integrum zu lassen, obgleich das Decendium „nicht observirt, doch in allewege solche Restitution praevio prius juramento suchen und „vorhero ablegen solle“ *a*).

In der Relation dieser Deputirten ist von der vorigen Meinung wegen der Restitution ganz abgegangen, die Nullitätsklage im Ganzen sanctionirt, aber gesucht worden, dasjenige zu be-

a) Meyern a. a. O. S. 398.

stimmen, was eigentlich zu derselben berechtigen sollte, das Projekt vom November 1653. gieng dahin: „bei der 11. Cautel wird es bei der „Frankfurter Deputirten Meinung, daß nem„lich auch a sententia nulla intra decendium „appellirt werden solle, quoad nullitates ex „formalitate et subtilitate processus resultan„tes gelassen. So viel aber diejenigen nullita„tes betrift, welche insanabilem defectum ex „persona judicis, aut partium, oder ex sub„stantialibus processus haben, bleibet es bei „dem jure communi.“ b).

Hier wird das erstemal eine bisher unbekannte Eintheilung der Nullitäten, in heilbare und unheilbare aufgestellt, in die erste Classe dasjenige, was nur gegen Förmlichkeiten und Subtilitäten des Prozesses streitet, in die zweite Classe aber dasjenige gebracht, was einen unheilbaren Mangel aus der Person des Richters oder der Parteien, und aus wesentlichen Stücken des Prozesses nach sich zieht; jene sollten an den Appellationsweg gebunden seyn, bei diesen aber ließ man es bei dem gemeinen Rechte,

b) Meyern a. a. O. S. 419.

d. h. bei der noch innerhalb dreißig Jahren anzustellenden Nichtigkeitsklage.

VI.

Ganz nach diesen Grundsätzen, nur mit größerer Weitläufigkeit, ward schon im December 1653. das Reichsgutachen an den Kaiser abgegeben *a*); ganz übereinstimmend mit dem Reichsgutachten lautete die vom Kaiser im April 1654. erlassene Resolution *b*), der Reichsschluß war vollendet; dennoch schienen die Stände selbst gegen ihre Vorschläge mißtrauisch zu seyn. Schon am fünften Tage nach der kaiserlichen Resolution brachte man diesen Punkt in den drei Reichscollegien noch einmal zur Sprache, und im Schlusse des Fürstenrahts wurde erinnert: „Der Nullitäten halber wird wiederhohlt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das „jus naturale laufend, und den nullitatibus „juris positivi zu machen, dergestalt, daß in „diesen das fatale decendii sowohl, als in den „Appellationibus hinführo Statt haben, in „jenen es aber wegen der Zeit, in welcher

a) Meyern Act. comit. ratisb. Th. II. S. 444.

b) Meyern a. a. O. S. 641.

„die Klage der Nullität einzuwenden, bei den „gemeinen Rechten gelassen werden soll“ c).

Dieser Schluß ward in das Gutachten der drei Reichscollegien aufgenommen, und der Kaiser fand in seiner bald hierauf erfolgten Resolution billig, daß „auch dasjenige, was ratione „der differentiae inter nullitates contra jus „naturale et civile in ihren Gutachten erinnert worden, in Acht genommen werden „soll“ d).

VII.

Der Unterschied zwischen Nullitäten contra jus naturale und civile sollte eigentlich nur erläutern, worin sich Substantialia des Prozesses von den Formalitäten auszeichnen. Etwas ganz Neues sollte hier nicht mehr aufgestellt werden, denn die Stände und der Kaiser behandelten dieses Monitum viel zu oberflächlich, als daß sie die Absicht einer ganz neuen Legislation hätten haben können. Indessen waren über diesen Unterschied Kaiser und Stände einverstanden, und

c) Meyern S. 653.

d) Meyern a. a. O. S. 657.

doch findet man davon im jüngsten Reichsabschied keine Sylbe. Auch ist es kein Unglück; denn dieser Unterschied war wahrhaft nicht dazu gemacht, Licht über diesen Gegenstand zu verbreiten, vielmehr würde er die Verwirrung noch merklich vergrößert haben. Das Resultat aller dieser Berathschlagungen war folgende Stelle des jüngsten Reichsabschieds:

„Indeme auch nunmehr, zum Zehenden, „von vielen Jahren hero mit vieler Zeit Ver„lierung unnöthiger Dingen vielfältig disputirt „worden, ob sententia nulla oder justa sich er„halte, und zwar darum allein, daß a sententia „nulla in dreißig Jahren die Klag prosequirt, „a sententia iniqua aber intra decennium ap„pellirt werden kann und solle, so solle zu Ver„hütung dergleichen unnöthigen Gezänks, in al„len beiden Fällen, das ist, a sententia tam „nulla quam iniqua, das fatale interponendae „observirt, darüber auch hinfüro bei Unserm „Cammer-Gericht stät und vestiglich gehalten „werden [a].

a) J. R. A. §. 121.

„Bei denjenigen Nullitäten aber, welche „insanabilem defectum aus der Person des „Richters, oder aus den Substantialibus des „Processus nach sich führe, verbleibt es bei der „Disposition der gemeinen Rechten“ *b*).

VIII.

Verbannt wird der Unterschied zwischen einem unbilligen und nichtigen Erkenntnisse, aber eingeführt dagegen ein neuer, dem römischen und kanonischen Rechte ganz unbekannter Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten, ohne daß ein Erkenntnißgrund des Unterschieds offen, ohne einer besondern Nachforschung zu bedürfen, angegeben wäre; daher viele Gelehrte, besonders Pütter *a*) behaupten, durch diese Verordnung des jüngsten Reichsabschieds sey gar nichts gewonnen worden, die alte Streitfrage dauere noch fort, und nur die Worte hätten sich verändert.

Es ist doch sonderbar, einmal sollte bei dem Verbote des articulirten Verfahrens der

b) Ebend. §. 122.

a) In der angef. Dissert. §. 20.

jüngste Reichsabschied verfälscht worden seyn, erst die Meisterhand eines G. L. Böhmer b) mußte einen würdigen Mann von diesem Vorwurfe retten: und nun sollten die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds so kurzsichtig gewesen seyn, daß sie einer streitigen Rechtsfrage nur durch ein Wortspiel eine andere Controvers substituirten, obgleich diese Bestimmung die Frucht langer und oft wiederholter Deliberationen war, und obgleich diese Bestimmung mit einem gewissen anspruchsvollen Tone als ein neues Gesez angekündigt wird! Es ist freilich leichter, den Verfasser eines Gesetzes zu tadeln, als in den Geist eines Gesetzes, wenn er tiefer liegt, einzudringen.

Ehe ich aber zur Entwickelung der Grundsätze selbst schreite, will ich erst zeigen, welchen Weg die Schriftsteller bisher einschlugen, und wie wenig es möglich war, hierauf das Ziel zu erreichen.

IX.

Schon diese Geschichte der Gesezgebung hätte die Rechtslehrer auf den Standpunkt auf-

b) In der Vorrede zum II. Band der Exercit. ad Pand. von J. H. Böhmer.

merksam machen sollen, von welchem sie bey diesem Gegenstande auszugehen hatten, und er liegt so nahe vor Augen, daß ich schwer begreifen kann, wie sich eine verkehrte Darstellung so lange behaupten konnte.

Unbekümmert um den Character der Unheilbarkeit bei Nullitäten, worauf doch die ganze Gesetzgebung berechnet ist, und der nur durch den Gegensatz des ordentlichen Rechtsmittels entdeckt werden kann, suchten die Gelehrten, wovon ich nur Pütters und Weiß oben angeführte Schriften zu nennen brauche, den abstracten Begriff von Nichtigkeit aus der Natur der Sache auf, übertrugen ihn auf das gerichtliche Verfahren, und wollten hiernach die einzelnen Fälle unheilbarer Nichtigkeiten bestimmen.

So nothwendig es ist, auch über das positive Recht zu philosophiren, und so gewiß es nur durch eine philosophische Behandlung zur Wissenschaft empor steigt, so leicht kann man sich hiebei verirren, und selbst der Gegenstand, von dem ich spreche, zeigt die großen Beschwerden einer richtigen philosophischen Behandlung des positiven Rechts, und die großen Irrthümer, zu welchen ein Mißgriff führt.

X.

Ist Nichtigkeit in der Rechtslehre der Gültigkeit entgegengesezt, ist nichtig und ungültig gleichbedeutend a), nichtig also dasjenige, was Rechte und Verbindlichkeiten nicht hervorbringen kann, so fließt hieraus von selbst, daß aus der Philosophie des Rechts ein Unterschied zwischen beschwerenden und nichtigen Erkenntnissen, zwischen Appellation und Nullitätsklage sich niemals rechtfertigen lasse.

Der Richter als Diener der Gesetze muß sich streng an die Gesetze halten, seine Handlungen können nur in so weit für gültig erkannt werden, als sie mit den Gesetzen übereinstimmen. So bald demnach ein Richter die Rechte streitender Theile verlezt, so bald handelt er gegen die Gesetze, also ungültig, da doch offenbar eine gesezwidrige Handlung Rechte und Verbindlichkeiten nicht hervorbringen kann. Im Zusammenhang natürlicher Grundsätze giebt es keine Beschwerde, welche in Rechtsfolgen sich von der Nullität auszeichnete, jede rechtsverletzende Hand-

a) Wie Weiß in der angef. Dissert. Cap. I. §. 1. behauptet, und ich gern zugestehe.

lung des Richters ist wegen ihres Widerspruchs mit dem Gesetze ungültig, alles ist Nullität, und die Vernunft verwirft allen Unterschied, den manche darin finden wollten, ob die Rechtsverletzung im Laufe der gerichtlichen Verhandlungen oder in der Entscheidung — ob durch einen Fehler in Aufstellung eines falschen Rechtssatzes, oder in Subsumtion des Factums unter das Gesez, oder in Ziehung des Schlusses begangen wird. Denn wer wollte aus der Natur der Sache beweisen, daß der Richter zu allem diesem nicht gleich stark verbunden sey? Nichtigkeit, oder was eben so viel sagt, Ungültigkeit einer gesezwidrigen Handlung ist nicht Strafe, sondern nur eine nothwendige natürliche Folge ihres Widerspruches mit dem Gesetze. Aus dem Begriffe der Nichtigkeit, durch diese Art über unser positives Recht zu philosophiren, kann man niemals den Begriff der Nichtigkeitsklage, als Rechtsmittel gegen richterliche Aussprüche, niemals den Character unheilbarer Nullitäten auffinden, sondern man muß zu diesem Zweck in den Geist unserer positiven Rechte bey Aufstellung der Rechtsmittel eindringen, die Nichtigkeitsklage als Rechtsmittel den übrigen Rechtsmitteln entgegenstellen, und nur aus diesem

Gegensatz den eigenthümlichen Character unheilbarer Nullitäten erforschen.

XI.

Zwar leuchtet aus den Gesetzen ein Bestreben hervor, auch gegen die vom Richter herstammenden Verletzungen den Gekränkten in Schuz zu nehmen, aber mit dieser Rechtshülfe mußte doch auch die Rükſicht auf Vermeidung der Ungewißheit der Rechte verbunden werden, welche schlechthin erforderte, die Rechtsverfolgung gegen richterliche Aussprüche auf eine bestimmte Zeit zu beschränken [a]). Die Gesetze verstatten demnach für die gewöhnlichen Fälle ein ordentliches Rechtsmittel unter dem Namen Appellation, bestimmten zu ihrem Gebrauche den engen Zeitraum von zehen Tagen, beschränkten sie noch durch andere Formalitäten, und erklärten die Verabsäumung derselben für einen Verzicht auf dieses ordentliche Rechtsmittel [b]). Selbst in dem Namen, wo-

a) Vergl. mit dem, was oben in der 37. und 38. Abhandlung darüber gesagt wurde.

b) Im Cap. 6. de appell. in 6. wird vom Appellanten bei verabsäumten Fatalien deutlich gesagt: "praesumitur appellationi suae *renunciare* appellans."

mit sie die Rechtsverletzung bezeichneten, ist die Sorge für Erhaltung des richterlichen Ansehens unverkennbar, da sie Statt des harten Ausdrukes Nullität den schonenden Namen Beschwerde (Gravamen) brauchen.

Aber bald fand man, daß dieses ordentliche Rechtsmittel für alle Fälle nicht zureiche, bald entdekte man Verhältnisse, bei welchen die Billigkeit laut eine Hülfe für den Verlezten auch nach Verlauf der engen zehentägigen Appellationsfrist, forderte, ausserordentliche Umstände, welche eine ausserordentliche Hülfe begründeten. Die Gesetze gaben daher für diese ausserordentliche Fälle ausserordentliche Rechtsmittel, welche das römische Recht unter dem Namen, quae sententiae sine appellatione rescindantur, zusammenfaßt, und wovon die Nullitätsklage nur eine Art ist c).

Nicht in der Natur der Sache, sondern nur im positiven Rechte ist der Unterschied zwischen Beschwerde und Nichtigkeit begründet, nur aus diesem, nur im Gegensaz des

c) Vergl. oben Abh. 38. §. 11.

ordentlichen Rechtsmittels, der eigenthümliche Character der Nichtigkeiten abzuleiten, welche auch nach Verlauf der Appellationsfristen eine ausserordentliche Hülfe durch die Nichtigkeitsklage veranlassen können.

XII.

Schon diese, dem Geiste unseres positiven Rechts ganz anpassende, Entwickelung hätte auch ohne ausdrükliche Verordnung den Begriff der Nullitäten auf die unheilbaren eingeschränkt. Aber der jüngste Reichsabschied sanctionirte diese Beschränkung ausdrüklich, indem er bei heilbaren Nullitäten alles auf die Formalitäten der Appellation zurükgeführt, und nur bei unheilbaren Nichtigkeiten auf die Verordnungen des gemeinen Rechts, auf das darin begründete ausserordentliche Rechtsmittel der noch innerhalb dreißig Jahre zuläßigen Nichtigkeitsklage zurükgewiesen hat. Mit dem einzigen Worte „insanabilem defectum“ haben die Verfasser des jüngsten Reichsabschiedes ein vollkommenes Licht über diese Lehre verbreitet, sie haben uns den Erkenntnißgrund deutlich vor Augen gelegt, und wir sind selbst an unserem Irrthum

Schuld, wenn wir das Licht am Tage nicht sehen, wenn wir eine uns so nahe liegende Sache in weiter Entfernung vergeblich suchen wollen.

XIII.

Daß auch die heilbare Nichtigkeit eine Rechtsverletzung ist, erkennt der jüngste Reichsabschied deutlich an, wie hätte er sonst eine Rechtshülfe dagegen verstatten können? Aber er entzieht ihr alles Eigenthümliche, indem er eine darauf begründete Beschwerde an die Fatalien der Appellation bindet. Nur eine besondere Classe von Nullitäten, bei denen er den Character der Unheilbarkeit wahrnimmt, erhebt er über die Appellationsfrist, wir müssen also in das allgemeine Princip eindringen, welches dieser Disposition zum Grunde liegt, und dieses haben die Rechtslehrer zum Schaden der Wahrheit bisher vernachläßiget, indem sie an den Worten des jüngsten Reichsabschiedes klebten, zu stark in das Detail einzelner Nullitäten eilten, und darüber die Hauptsache, nemlich die Aufsuchung des allgemeinen Grundsatzes, verabsäumten, so nahe ihn uns auch die würdigen Verfasser des jüngsten Reichsabschieds durch

das einzige Wort „insanabilis„ vor Augen gelegt hatten.

Der Unheilbarkeit ist die Heilbarkeit entgegengesezt, und das Heilmittel im jüngsten Reichsabschiede deutlich in der unterlassenen Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der zehentägigen Appellationsfrist angezeigt. So wie nun dieser Nichtgebrauch ein Verzicht ist, so sagt Unheilbarkeit einer Nullität dieses aus, daß sie durch den Verzicht, welcher im Nichtgebrauch des ordentlichen Rechtsmittels enthalten ist, nicht geheilt werden kann. Hiemit hat uns dieses Reichsgesetz auf eine sehr plane Weise nicht nur den Begriff, sondern auch den Erkenntnißgrund der unheilbaren Nichtigkeiten angegeben. Unheilbar ist diejenige Nullität, welche durch Nichtgebrauch des ordentlichen Rechtsmittels nicht gehoben wird, und ein Erkenntnißgrund der unheilbaren Nullitäten ist es: daß nur dasjenige, was von der Willkühr der Parteien, von einem Verzichte derselben nicht abhängt, eine unheilbare Nichtigkeit sey.

Nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus unsern positiven Rechtsquellen, und

selbst aus diesen nur im Gegensatz des ordentlichen Rechtsmittels der Appellation, läßt sich der Begriff unheilbarer Nichtigkeiten im Prozesse ableiten.

XIV.

Abgesehen von den Classen unheilbarer Nullitäten, wie sie der jüngste Reichsabschied angiebt, muß man, um auch hier nicht von der Philosophie des Rechtes einen falschen Gebrauch zu machen, sorgfältig bemerken: daß einige Nullitäten schon nach natürlichen Folgen des im jüngsten Reichsabschied aufgestellten Grundsatzes unheilbar sind, andere dagegen, ob sie gleich ihrer Natur nach, auch in Voraussetzung dieses allgemeinen Grundsatzes heilbar wären, dennoch durch specielle Bestimmungen der Gesetze den unheilbaren zugezählt wurden. Man begreift leicht, daß, so wie überhaupt Appellation als ordentliches Rechtsmittel die Regel, und Unheilbarkeit einer Rechtsverletzung die Ausnahme ausmacht, die immer eines besondern Rechtfertigungsgrundes bedarf, insbesondere diejenigen Gesetze streng ausgelegt werden müssen, welche eine, der Natur der Sache nach, heilbare Nullität zu einer unheilbaren erheben.

Nach diesen Voraussetzungen kann ich nunmehr zu den einzelnen Nichtigkeiten übergehen, welche am richtigsten in folgende Classification gebracht werden. A. Einige sind unheilbar nach natürlichen Folgen des im jüngsten Reichsabschiede aufgestellten Grundsatzes, und zwar I. ausdrücklich anerkannt im jüngsten Reichsabschiede, oder II. in diesem Reichsgesetze nicht ausdrücklich anerkannt. B. Andere haben den Character der Unheilbarkeit nur durch specielle positive Verordnungen erhalten.

XV.

Zur ersten Classe, und zwar I. zu denjenigen, welche das ausdrückliche Anerkenntniß des jüngsten Reichsabschiedes für sich haben, gehören 1) Nichtigkeiten, welche einen unheilbaren Mangel an der Person des Richters an sich tragen.

Wem vom Staate die richterliche Gewalt nicht übertragen worden ist, dem kann ein Verzicht der Parteien diese erhabene Eigenschaft nicht verleihen. Hier spricht schon die Natur der Sache den Satz aus, daß dahin ein Verzicht der streitenden Theile sich nicht erstrecke; ein Urtheil dessen, welcher

gar keine Gerichtsbarkeit, oder wenigstens nicht diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit hat, zu welcher eine Streitsache gehört, ist demnach unheilbar nichtig. Am deutlichsten ist die Wirksamkeit des oben vom Verzichte, als dem Erkenntnißgrunde unheilbarer Nullitäten, aufgestellten Princips sichtbar, wenn man sich einen ganz unfähigen und einen verdächtigen Richter denket. Einen ganz unfähigen Richter kann ein Verzicht der streitenden Theile auf keine Weise fähig machen, die Fähigkeit liegt ausser dem Spielraum der Willkühr der Parteien, und gänzliche Unfähigkeit des Richters begründet eine unheilbare Nullität. Der bloße Verdacht hingegen unterliegt dem Verzichte der Parteien, welche sich bei einem auch verdächtigen Richter gültig einlassen können; er bringt daher eine unheilbare Nichtigkeit nicht hervor.

In diese Classe unheilbarer Nullitäten gehört auch ein Mangel an der gesezmässigen Bestellung und Verfassung eines Gerichtes, wovon mir ein merkwürdiges Beispiel vorkam. Eine verbesserte peinliche Gesetzgebung hatte zur Abfassung peinlicher Erkenntnisse die Anzahl von neun Räthen verordnet, und ein mit dieser Zahl nicht

versehenes Collegium sich herausgenommen, ein peinliches Urtheil abzufassen. Unheilbar war diese Nullität, und es bedarf kaum einer Bemerkung, daß auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ein nicht gehörig besetztes Gericht a) nicht gültig handeln könne, und auf diesen Mangel der Verzicht streitender Theile bei unterlassener Appellation sich keinesweges erstrecke. Auch die unterlassene Aktenversendung in Fällen, wo sie nicht versagt werden konnte b), gehört in diese Classe, denn sie macht einen Theil der deutschen Gerichtsverfassung. Und vollends derjenige Richter, welcher einer Partei feierlich und schriftlich die Aktenversendung zusagte, und dennoch sie unterläßt, handelt in einem so hohen Grade wortbrüchig und gesezwidrig, daß nach der Verordnung des jüngsten Reichsabschiedes c) einem solchen niedrigen Betragen die Strafe, durch Aufforderung des Reichsfiscales, auf dem Fuß nachfolgen sollte!

a) Oben Abh. 37

b) Handb. B. I. S. 75.

c) J. R. A. §. 108. und 109.

XVI.

2) Auch an den Personen der strei-tenden Theile giebt es Mängel, welche der jüngste Reichsabschied für unheilbar erklärt. Zu-nächst gehören dahin Unfähigkeit der Parteien vor Gericht zu handeln, Mangel am Legitima-tionspunkte, sowohl der Legitimation zur Sache von Seiten der Parteien, als zum Prozesse von Seiten der Anwälde; denn auf beide Punkte kann ein Verzicht der Parteien nicht wirken [a]). Nur wird vorausgesezt, daß der Mangel nicht durch eine Genehmigung des dabei interessirten Theiles nach gehobenem Hinderniſſe beseitiget wurde: denn wer wird zweifeln, daß eine Partei, die zur Zeit, wo sie bei Gericht handelte, zu han-deln nicht fähig war, die Gültigkeit dieser Hand-lungen herstellt, wenn sie nach erlangter Fähig-keit in der Streitsache forthandelt, ohne die während der Unfähigkeit unternommenen Hand-lungen anzufechten.

XVII.

3) Ausdrücklich benennt noch der jüngste Reichsabschied Mängel an wesentlichen

a) Handb. B. I. Abh. XII. §. 3.

Stücken des Prozesses, ohne sich über das, was wesentlich am Prozesse ist, näher zu erklären. Sehr leicht kann man sich vorstellen, daß hierin vieles unter den Gelehrten streitig ist.

Die bekannte Constitution Alexanders *a*), worin einem Erkenntnisse die Rechtskraft abgesprochen ist, welches contra solitum judiciorum ordinem gefällt wurde, macht mich nicht verlegen, so große Mühe auch die Ausleger des römischen Rechts in Erläuterung dieses Gesetzes verschwendet haben. Es ist also allgemein, daß es gegen die deutliche Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes, welcher am gerichtlichen Verfahren nur **einige**, und zwar die **wesentlichen** Stücke des Verfahrens als hinreichend erkennt, um eine unheilbare Nullität zu begründen, offenbar in seiner Allgemeinheit, oder besser zu sagen, Unbestimmtheit nichts vermag.

Diese Verordnung unserer vaterländischen Rechte zeichnet **wesentliche** Theile des Verfahrens aus, verweiset alle nicht wesentlichen Theile an die Feierlichkeiten der Appellation. Wir müssen also auf die wesentlichen Stücke im

a) L. 4. C. de fentent. et interlocut.

Allgemeinen zurückgehen, um einen richtigen Grundsatz aufzufinden, aus welchem wir einzelne Nichtigkeitsfälle richtig ableiten können.

XVIII.

Auch hierin komme ich auf den als Erkenntnißgrund unheilbarer Nichtigkeiten entwickelten Grundsaz zurük: daß nur diejenigen Mängel am gerichtlichen Verfahren eine unheilbare Nichtigkeit erzeugen, bei welchen ein Verzicht der Partei die Gültigkeit nicht herstellen kann. Schon oben *a*) habe ich die wesentliche Bestandtheile des Prozesses untersucht, dort gezeigt, daß nicht nur die Natur der Sache, sondern auch positives Recht, Theile des Verfahrens zu wesentlichen machen könne, dort gewarnt, daß man nicht blos die bei allen Akten des gerichtlichen Verfahrens wesentlichen Stücke darunter verstehen dürfe, sondern daß hierunter auch die einer besondern Verfahrungsart eigenthümlichen Bestandtheile, und in beiden die absolut und bedingt wesentlichen Stücke zu verstehen seyen. Ich habe daher nicht nöthig, dieses alles hier zu wiederholen, sondern kann darauf mit desto grös-

a) Handb. B. I. Abh. 13. und 14.

ferer Beruhigung verweisen, da ich nach öfterem Nachdenken dasjenige, was ich dort lehrte, vollkommen gegründet gefunden habe.

Durch die Beschränkung auf wesentliche Bestandtheile ist die Verabsäumung der Förmlichkeiten in der Regel aus der Classe unheilbarer Nichtigkeiten ausgeschlossen, welche zwar immer eine Nullität ist, aber nur eine heilbare ausmacht, wenn nicht ein besonderer Grund hinzutritt, durch welchen sie zur unheilbaren empor gehoben und die Klage wegen unheilbarer Nullität begründet wird [b]).

Nach diesen Grundsätzen gehört es unter die unheilbaren Nullitäten, auf welche sich ein stillschweigender Verzicht einer Partei nicht erstrekt, wenn der Richter nach verabsäumten Appellationsfatalien, sollte sich auch der Appellat in der Appellationsinstanz eingelassen haben, ein reformatorisches Urtheil fällt. Hingegen ist die unterlassene Mittheilung der Beweißartickel zur Stellung der Fragestücke, die unterlassene Vorladung des Producten, um die Production und Vereidung

b) Ebendas. Seite 365.

der Zeugen zu sehen, nur eine heilbare Nullität c), welche zwar innerhalb der Appellationszeit verfolgt werden kann, aber nachher eine unheilbare Nichtigkeitsklage durchaus nicht begründet.

XIX.

Pütter a) scheint die Verabsäumung solcher Formalitäten, welche das bürgerliche Gesetz bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt, zu den unheilbaren Nichtigkeiten zu rechnen, und schon Schnaubert b) erklärte sich gegen diese Meinung, dieser jedoch bestreitet sie aus den Verhandlungen über den jüngsten Reichsabschied, in welchen diejenigen Nullitäten, welche ex formalitate et subtilitate processus fließen, oder juris positivi nicht juris naturalis, sind, nur als heilbar angesehen werden. In dem Reichsabschied selbst steht nun von diesem kein Wort, wir finden nur den Ausdruck substantia-

c) Pütter in der angef. Dissert. §. 22. 23. das Gegentheil behauptet Weiß in der angez. Diss. Seite 23. ohne hinreichenden Grund.

a) In der angef. Diss. § 28.

b) Von Nullitäten §. 10. Not. a.

lia processus, und wer kann in Abrede stellen, daß in einem Gegenstand des positiven Rechtes mancher Punkt durch bloße positive Verordnungen zu einem wesentlichen Stück c) gemacht werden könne?

Durch die unheilbare Nichtigkeitsklage soll das ganze Verfahren umgestoßen werden. Der Schluß von Nichtigkeit einer Handlung auf Nichtigkeit des ganzen Verfahrens würde in seiner Allgemeinheit offenbar übereilt seyn d), und nur dann läßt sich auf eine wegen vernachläßigter Förmlichkeiten nichtige Handlung die unheilbare Nullitätsklage bauen, wenn die Folgen der Nichtigkeit einer Handlung entweder nach der Natur der Sache oder vermöge besonderer Gesetze, welche dieses bestimmt äussern, auf das ganze Verfahren sich erstrecken.

XX.

II. Auser den bisher angeführten, im jüngsten Reichsabschiede als unheilbar ausdrüklich anerkannten Nullitäten zählen viele Rechtsleh-

c) Handb. B. I. Abh. 13. §. 5. S. 321.

d) Ebendaff. Abh. 14. §. 13.

rer noch andere als unheilbar auf, welche aus dem Inhalt des Urtheils in der Hauptsache selbst (ex ipsa decisione sive ex meritis causae) entstehen. Der Gegenstand ist sehr bestritten, denn man streitet nicht nur über die in dieser Classe stehenden Fälle und ihre nähere Determinationen, sondern sogar die Vorfrage ist angefochten: ob nur überhaupt aus Mängeln an der Hauptsache unheilbare Nullitäten begründet werden können? Schon hieraus erhellt die Nothwendigkeit einer genaueren Untersuchung, welche durch Wichtigkeit des Gegenstandes und Frequenz der Fälle, bei denen man auf diese Frage zurückkömmt, sehr erhöht wird.

XXI.

Diejenigen Rechtslehrer, welche ausser den im jüngsten Reichsabschied benannten drei Classen unheilbarer Nullitäten keine andere, insbesondere keine aus dem Inhalt des Erkenntnisses resultirende als unheilbar anerkennen wollen, berufen sich auf den Buchstaben dieses Gesetzes, welcher nur von den gedachten drei Classen spricht, und auf die Absicht der Gesetzgeber, welchen es am Herzen lag, die häufigen Nullitätsklagen abzuschneiden und an die Appellationsfeierlichkei-

ten zu binden *a*). Zwar hat schon Kopp *b*) die Sache historisch geprüft, und aus den Akten dieses Reichstages dargethan, daß auch in Ansehung des Inhaltes der Urtheile unheilbare Nichtigkeiten in den Gesinnungen der Gesetzgeber lagen, und etwa nur ein Canzleiversehen in Abfassung des Reichsabschiedes uns diese Bestimmung vorenthalten hat. Allein die Vertheidiger der ersten Meinung gestehen der historischen Untersuchung keinen praktischen Werth zu, da für uns, wie sie glauben, nur dasjenige gesetzliche Kraft hat, was uns als Gesetz promulgirt wurde.

Die Gelehrten, welche auch aus dem Inhalt des Urtheils unheilbare Nullitäten ableiten lassen, berufen sich hingegen darauf, daß die Aufzählung einiger Nichtigkeiten im jüngsten Reichsabschied zu der Behauptung nicht berechtige, daß alle übrige dadurch ausgeschlossen seyen, wenn auch die Natur der Sache oder positive Ge-

a) Schnaubert von Nullitäten §. 10 ff. auch Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 136. stimmt damit überein.

b) Decis. Trib. Cassel. Tom. I. Dec 118. n. 20.

setze hinreichende Gründe für den Character der Unheilbarkeit darböten, besonders da das gemeine Recht, auf welches der Reichsabschied deutlich hinweiset, manche derselben ausdrücklich sanctionirt, und wegen derselben die Nichtigkeitsklage verstattet c).

XXII.

Beide Meinungen halten sich die Wage, und blos aus diesen Gründen würde ich mich nicht bestimmen können, einer — oder der andern Meinung beizutreten. Aber mir scheint eine Rücksicht bisher vergessen zu seyn, welche als entscheidend in dieser Frage betrachtet werden muß.

Wer immer die Nullitätsklage gegen ein Urtheil erhebt, der ist durch den Inhalt des Urtheils verlezt, und hat dessen Abänderung zum Zwecke. Wie sollte wohl denkbar seyn, daß die Verfasser unseres Reichsgesetzes bei Aufzählung der unheilbaren Nullitäten den Zweck alles gerichtlichen Verfahrens aus den Augen gelassen und die unheilbare Nullitäten nur auf

c) Pütter a. a. O. §. 31. und andere.

die Formen, nur auf die Mittel zum Zwecke beschränkt hätten? Es ist demnach wirklich eine gewaltsame Auslegung des jüngsten Reichsabschiedes, welche ihm den Sinn beilegt, daß er gar keine Nichtigkeit aus dem Inhalt des Urtheils als berechtigend zur Nullitätsklage anerkenne. Freilich ist nicht alles unheilbare Nichtigkeit, was die Rechtslehrer dafür ausgeben, aber es ist eben eine so große Uebertreibung, wenn man die Begründung jeder unheilbaren Nichtigkeit aus dem Inhalt des Erkenntnisses abstreitet. Denn wer kann es läugnen, daß auch hieran mancher Fehler begangen werden könne, welchen kein Verzicht der Partei zu heben vermag, und daß ein solcher Mangel nach dem Geiste des jüngsten Reichsabschiedes, auf welchem seine Verordnung ungläugbar ruhet (§ IX — XIII.), unter die Nichtigkeiten gehöre, welche kein durch unterlassene Appellation geleisteter Verzicht zu heben vermag, welche folglich unheilbar ist.

Aufrecht steht also der Vordersatz im Allgemeinen: nach dem Geiste des jüngsten Reichsabschiedes können auch am Inhalt des Erkenntnisses unheilbare Nichtigkeiten begangen werden. Nur

bedürfen die Fälle, welche von den Rechtslehrern gewöhnlich darunter aufgezählt werden, eine genauere Prüfung, um den in seiner Allgemeinheit richtigen Satz richtig anzuwenden.

XXIII.

1) Urtheile gegen klare Gesetze (contra jus in thesi) verdienen hier vor allen ausgezeichnet zu werden. Die Schriftsteller, welche sie den unheilbar nichtigen Urtheilen zuzählen [a], berufen sich darauf, daß eines Theils ein Richter als Diener der Gesetze nicht gültig handeln könne, wenn er einen Satz als Entscheidungsgrund aufstellt, der mit klaren Gesetzen im Widerspruch steht: andern Theils die Befolgung der Gesetze auch im Urtheil zu den Wesenheiten des Prozesses zu rechnen sey: endlich das römische Recht [b], worauf der jüngste Reichsabschied selbst in diesem Puncte verweiset, Urtheile gegen klare Gesetze für nichtig erkläre. Nur fordern die Vertheidiger dieser Meinung 1) ein

a) Pütter a. a. O. §. 34—39. Weiß in der angef. Dissert. §. 6.

b) L. 1. §. 2. D. quae sentent. sine appellat. L. 32. D. de re judicata.

ganz deutliches 2) ohne Zweifel gültiges, 3) dem Ermessen des Richters nichts überlassendes Gesetz, und 4) daß selbst gegen dieses Gesetz (contra jus in thesi) geurtheilt wurde, indem sie bei Fehlern in der Subsumtion des Factums oder in seiner Beurtheilung (contra jus in hypothesi) eine unheilbare Nullität nicht anerkennen.

Selbst die neue preußische Gesetzgebung giebt dieser Meinung Beifall, indem sie verordnet: „Wenn in erster oder zweiter Instanz „gegen ein klares in dem allgemeinen Landrechte, oder in den landesherrlich bestätigten „Provincialgesetzbüchern enthaltenes Gesetz erkannt worden, und die ordentlichen Rechtsmittel gegen ein solches Erkenntniß nicht mehr „Statt finden, so kann dasselbe als nichtig angefochten werden. Es ist aber zur Nichtigkeitserklärung nicht hinreichend, wenn blos „behauptet wird, daß gegen die Analogie der „Gesetze gesprochen, oder daß die Entscheidung „aus einem auf den vorliegenden Fall nicht passenden Gesetze genommen, oder daß das Gesetz nicht richtig erklärt, oder auf den Fall „nicht richtig angewendet worden“ c).

c) Preußische Gerichtsordnung Th I. Tit. 16. §. 2. Num 2. S. 422.

XXIV.

Eigentlich ſtammt die Eintheilung in Urtheile contra jus in theſi und contra jus in hypotheſi aus einer vielleicht misverſtandenen Stelle des römiſchen Rechts *a*) ab, denn noch haben uns die Rechtsgelehrten keinen Erkenntnißgrund angezeigt, nach welchem in jedem konkreten Falle beurtheilt werden könnte: ob contra jus in theſi oder in hypotheſi geſprochen wurde, und ſehr richtig bemerkt **Grolman**, daß durch dieſen

a) L. 1. §. 2. D. quae ſentent. ſine appell. „Item „cum contra ſacras Conſtitutiones judicatur, „appellationis neceſſitas remittitur. Contra Con„ſtitutiones autem judicatur, cum de jure „conſtitutionis, non de jure litigatoris pronun„ciatur. Nam ſi judex volenti ſe ex cura mu„neris, vel tutelae, beneficio liberorum, vel „aetatis aut privilegii excuſare, dixerit neque „filios, neque aetatem aut ullum privilegium „ad muneris vel tutelae excuſationem prodeſ„ſe: de jure conſtituto pronunciaſſe intelligi„tur. Quodſi de jure ſuo probantem admiſerit, „ſed idcirco contra eum ſententiam dixerit, „quod negaverit eum de aetate ſua aut de „numero liberorum probaſſe: de jure litigato„ris pronunciaſſe intelligitur: quo caſu appel„latio neceſſaria eſt.“ Etwas ähnliches enthält die L. 32. D. de re judicata.

Unterschied keine genaue Gränzlinie gezogen werde *b*).

Wenn der Richter die Entscheidungsgründe dem Urtheil beisetzen muß, wie das in Preußen geschieht, so kann man zur Noth erkennen, ob der Richter einen offenbar gesetzwidrigen Satz seinem Urtheil zum Grunde gelegt habe. Aber im größten Theile der deutschen Länder, wo die Urtheile nur die Verurtheilung oder Loßsprechung des Beklagten enthalten, wo man den zur Entscheidung genommenen Rechtssatz nur durch Abstraction aus dem Urtheil abnehmen kann, da ist es eine offenbare Unmöglichkeit, den Unterschied zu erkennen; denn man kann jenes Urtheil, sobald es Rechte verletzt, vermittelst der Abstraction in ein Urtheil verwandeln, welches gegen das klare Recht (contra jus in thesi) anstößt. Ich will in Beispielen sprechen.

Wenn ein Richter den Satz aufstellt, ein Unmündiger könne testiren, so soll es contra jus in thesi seyn; hingegen sieht man es nur contra jus in hypothesi an, wenn der Richter

b) Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 136. Seite 202. Anmerk. a.

in der Anwendung des Gesetzes irrt, und einen Menschen von zwölf Jahren für mündig hält; allein ist denn im letzten Fall nicht offenbar ausgesagt, daß ein zwölfjähriger Mensch mündig sey, ist nicht bei einer kleinen Abstraction der Verstoß contra jus in thesi offenbar? — Und soll der Unterschied davon abhängen, ob der Verstoß gegen die Gesetze gleich bei dem ersten Blicke in die Augen fällt, oder ob er mit einiger Mühe entdekt wird? Wahrhaftig, wenn diese Sätze gültig wären, so dürfte man ohne weiters die ganze Lehre von ordentlichen Rechtsmitteln ausmerzen, es würde eine sehr kleine Mühe kosten, alle beschwerende Urtheile durch unbedeutende, oft gar nicht künstliche Wendungen als Verstoße contra jus in thesi darzustellen, und alles würde sich am Ende in die Nullitätsklage auflösen.

Das römische Recht kann nach dem Buchstaben des Gesetzes gar nicht gebraucht werden, denn welcher Richter wird in seinem Urtheil heutzutage einen abstracten Rechtssatz gegen die Gesetze anführen und sagen, ein Unmündiger könne restiren, Bürgschaften der Weibspersonen könnten durch die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses nicht entkräftet werden?

XXV.

Die Schwierigkeiten vermehren sich, wenn man die Erfordernisse und Einschränkungen näher prüft, welche von den Rechtslehrern hiebei gewöhnlich angeführt werden. — Man fordert ein klares Gesetz, und schließt Fehler in Auslegung dunkler Gesetze von der Nichtigkeitsklage aus. — Aber man sage mir doch, woher erkennt man, ob das Gesetz klar oder dunkel ist, man sage mir, ob der Richter in Auslegung dunkler Gesetze keine Pflichten habe! — Man will Fehler in Beurtheilung des Factums, in der Anwendung des Gesetzes nicht als einen unheilbaren Mangel anerkennen. — Aber wie soll das consequent seyn, ist denn eine unrichtige Anwendung eines Gesetzes nicht allemal ein Verstoß gegen das entscheidende Gesetz? Können auch am Urtheil, wie an einem Vernunftschlusse drei Stücke unterschieden werden, 1) das Gesetz, worauf die Entscheidung gebaut wird, 2) die Subsumtion des Factums und 3) der daraus gezogene Schluß, so sind doch alle drei Stücke gleich wesentlich zur Gültigkeit des Urtheils, denn es ist doch nicht möglich, daß der Richter ungültiger handle, wenn er gegen positive Gesetze, als wenn er gegen das oberste aller Gesetze, den Verstand, handelt. Auf diesem

Wege findet man die Wahrheit nicht, und diejenige Wendung, mit der man sich aus der Verwirrung ziehen will, verwickelt den Knoten nur noch fester.

XXVI.

Es ist aber auch eine offenbare Unmöglichkeit, hier ins Reine zu kommen, so lange man an dem Unterschied klebt: ob contra jus in thesi oder contra jus in hypothesi erkannt wurde, denn dieser Eintheilung mangelt es an einem logischen Grunde gänzlich. Schon Oldendorp hat sich gegen diese Eintheilung mit Heftigkeit erklärt a) und es ist der Mühe nicht werth, sie ge-

a) Classe 7. act. 13. de actione male judicati, er sagt: „Abeat autor istius distinctionis in ma„lam crucem, quid enim differunt jus partis „et jus scriptum in judice calumnioso? Non„ne totum jus gratia partium et hominum „scriptum est? Dabisne ullam legem Orbis Ro„mani, quae alio pertineat, quam ad jus par„tis? Deus bone! quam crassus est error, „quem tamen Legulejorum schola magno tra„dit encomio, simpliciter nihil distinguens? „Si enim Judex causam partis gravat injuste, „non potest simul etiam non videri jus, quod „de tali causo scriptum est, laesisse.“

nauer zu prüfen, da so gar die königlich preußische Gerichtsordnung diese Eintheilung aufgenommen hat.

Bei Entscheidung eines Rechtsstreites kommt alles nur darauf an, daß der Richter den streitigen Fall richtig entscheide: denn sein Ausspruch hat nur den Zweck, daß er die Rechtsverhältnisse unter diesen Partelen bei diesem Streite bestimme; der Zweck des Richteramtes überhaupt geht demnach nur auf das sogenannte jus in hypothesi, oder was eben so viel sagt, auf das Recht bei einem konkreten Rechtsstreit. Es widerspricht also schon überhaupt dem Zwecke der richterlichen Gewalt, wenn man von dem jus in hypothesi, worauf es allein ankommt, ein jus in thesi unterscheiden, und hievon Rechte der Parteien im Prozesse abhängig machen will, dieser Eintheilung mangelt es im Prozesse an allem logischen Fundamente.

Ob der Richter gegen das Gesetz unmittelbar (contra jus in thesi) oder gegen das Recht der Parteien (contra jus in hypothesi) urtheilt, ist im Prozesse, wo es nur den Rechten streitender Theile gilt, ganz gleichgültig, denn

sie haben es immer nur mit ihren Rechten zu thun, und der Richter kann diese nicht verletzen, ohne gegen das Gesetz selbst (contra jus in thesi) zu handeln. Verantwortlich bleibt der Richter der gesetzgebenden Gewalt, wenn er, der nur zur Bestimmung streitiger Rechte nach den Gesetzen aufgestellt ist, sich den Uebergriff einer Beurtheilung der Gesetze selbst erlaubt; aber was geht dies die Parteien an? Sie sind in ihren Rechten verletzt, der Richter mag einen falschen Rechtssatz als Entscheidungsgrund annehmen, oder einen wahren Satz auf das streitige Factum falsch anwenden, denn in beiden Fällen hat der Richter in Bestimmung ihrer Rechte gesetzwidrig gehandelt.

Der Mangel alles logischen Eintheilungsgrundes wird noch daraus einleuchtend, wenn man die Fälle prüft, wo die Urtheile nur gegen das jus in hypothesi angesehen werden; denn bei schärferem Nachdenken zeigt sich bald, daß auch sie gegen das sogenannte jus in thesi streiten. Die richterliche Entscheidung ist nothwendig eine Erklärung über die Identität der Merkmale des bestimmten Falls mit den Merkmalen des

in dem anzuwendenden Gesetze enthaltenen Falles [b]. Ein Ausspruch über die Identität zweier Objekte sezt diese in ein solches Verhältniß, daß ein Mangel an Beurtheilung des einen immer zugleich ein unmittelbarer Verstoß gegen das andere ist; daß ein Fehler an Beurtheilung des Factums, eine unrichtige Subsumtion unter das entscheidende Gesetz, oder eine Subsumtion unter das nicht entscheidende, eine unrichtige Ziehung des Resultates allemal in einem direkten Widerspruch mit dem Gesetze steht, nach welchem die Rechtsverhältnisse unter den Parteien bei einem konkreten Rechtsstreit bestimmt werden müssen; daß demnach jedes rechtsverletzende Urtheil, oder keines, contra jus in thesi ist.

XXVII.

Besonders scheint man übersehen zu haben, daß alle Urtheile in Prozessachen zusammgesezte Urtheile [a]) sind, und dieses Versehen brachte die irrige Eintheilung der Urtheile con-

b) Grolman Theor. des ger. Verf. §. 74.

a) Kants Logik §. 85.

tra jus in thesi und contra jus in hypothesi in die Rechtswissenschaft. Es kommt bei der Entscheidung eines Rechtsstreites auf folgende Stücke an: 1) welches sind die Merkmale des zu entscheidenden Falles? — Hier entscheiden die Rechtssätze über Beweis, und die Erkenntnißgründe der juristischen Gewißheit eines Factums werden unter die Gesetze über Beweis subsumirt. Das Urtheil erhält in dieser Beziehung folgenden Schluß: was zwei classische Zeugen aussagen, was der Gegner zugestanden, was ein Theil beschworen hat, wird für wahr angenommen (der allgemeine Rechtssatz). — Zwei Zeugen sagen A. aus, also ist A. der zu entscheidende Fall. — Begeht der Richter hierin einen Fehler, so spricht er geradezu gegen die Gesetze über Beweis. — 2) Unter welches Gesetz ist das Factum zu subsumiren? — hier muß er die Bestandtheile des Factums mit den Gesetzen vergleichen, um durch einen Schluß zu bestimmen, zu welcher Gattung von Rechtsgeschäften der streitige Fall gehört, welches Gesetz demnach als entscheidend zu betrachten ist. Das Urtheil enthält in dieser Beziehung folgenden Schluß: ein Geschäft, bei welchem das Eigenthum einer Sache um Geld zu überlassen die

Contrahenten einig sind, ist ein Kaufcontract, die Parteien sind dahin übereingekommen, also ist es ein Kauf. — Ein Fehler, dessen sich der Richter hierin schuldig macht, ist gerade, zu wider die Gesetze über die Bestandtheile eines Rechtsgeschäftes — 3) Was ist nun in diesem Geschäfte unter den Parteien Rechtens, oder welches sind die rechtlichen Folgen dieses Geschäftes, nach welchen die Rechtsverhältnisse unter den Parteien zu bestimmen sind? — Hier nimmt er die Gesetze über die Rechtsfolgen eines Geschäftes zum allgemeinen Satze, subsumirt darunter den particulären streitigen Fall, und das Urtheil enthält in dieser Beziehung folgenden Schluß: bei dem Kaufcontracte geht die Gefahr der verkauften Sache auf den Käufer vor der Tradition über, das Geschäft ist ein Kaufcontract, also trägt der Käufer die Gefahr — Begeht der Richter hierin einen Fehler, so spricht er geradezu gegen die Gesetze über die Rechtsfolgen eines Geschäftes.

Unsere Urtheile in Prozessen drücken zwar meistens nur das lezte aus, aber Niemand kann läugnen, daß dem lezten Urtheile die beiden ersten vorausgehen müssen, daß demnach ein Aus-

spruch des Richters diese drei Urtheile in sich faßt; er mag nun in Beurtheilung der Wahrheit des Factums, in Beurtheilung seiner Qualität oder in Beurtheilung seiner Rechtsfolgen irren, so spricht er immer geradezu wider das Gesetz (contra jus in thesi): — im ersten Falle wider die Gesetze über Beweis, — im zweiten wider die Gesetze, welche die Bestandtheile eines Rechtsgeschäftes und jeder Gattung derselben festsetzen, — im dritten wider die Gesetze, welche die Rechtsfolgen einer Handlung bestimmen; er spricht allemal oder niemals contra jus in thesi, immer oder nie entsteht daraus eine unheilbare Nullität, denn die Gesetze über Beweis, über den Begriff und die Bestandtheile eines Geschäftes können nicht minder heilig seyn, wie die Gesetze über die Folgen einer Handlung. Jede Rechtsverletzung ist doch wohl nur als Widerspruch mit dem Gesetze denkbar, logisch unrichtig demnach die Eintheilung verletzender Urtheile in Urtheile contra jus in thesi und in hypothesi, und aus der Art des Fehlers, welchen der Richter in Fassung des Erkenntnisses begeht, kann das Wesen unheilbarer Nichtigkeiten schlechterdings nicht bestimmt werden.

XXVIII.

Ausserhalb der ganz zufälligen Art, wie der Richter durch den Inhalt seines Ausspruches die Rechte verlezt, und wider die Gesetze handelt, muß der Grund aufgesucht werden, auf welchem die Unheilbarkeit der im Urtheil herrschenden Mängel ruhen soll. Liegt nun, wie oben weitläufig ausgeführt wurde (IX — XIII.), das Characterische aller unheilbaren Nullitäten nur darin, daß ein Verzicht, welchen der Nichtgebrauch der Appellation als ordentlichen Rechtsmittels wider Urtheile sonst enthält, bei einem Mangel nicht wirke, so muß man auch bei dem Streite über die durch Urtheile contra jus in thesi zu begehenden unheilbaren Nichtigkeiten auf diesen Grund zurückgehen, und hier zeigt sich bald, daß in dieser Rücksicht weder alle gesetzwidrige Urtheile gültig noch alle ungültig seyn können, sondern daß man auf eine bisher in dieser Lehre ganz verkannte Eintheilung der Gesetze und der durch sie begründeten Rechte zurükgehen müsse.

Einige Gesetze sind nemlich so beschaffen, daß ihre Bestimmung nur solche Rechte ertheilt, welche der Willkühr der interessirten Theile

einen Spielraum lassen, folglich nur veräusserliche Rechte festsetzen: andere hingegen lassen von dem Verzichte der Privatpersonen nichts abhängen; ihre Verordnung liegt ausser dem Kreise der Disposition von Privatpersonen, sie begründen demnach unveräusserliche Rechte. Dieser sonst anerkannte Unterschied unter verschiedenen Arten der Gesetze wirkt entscheidend auf den Character der Unveräusserlichkeit der hieraus abzuleitenden Rechte, und zeigt uns in der Frage von Heilbarkeit oder Unheilbarkeit einer Rechtsverletzung, daß die Gesetze der ersten Art, weil sie allenthalben nur veräusserliche Rechte begründen, auch bei ihrer Verletzung nur eine durch unterlassenen Gebrauch der Appellation heilbare Nichtigkeit hervorbringen; wogegen bei Gesetzen der zweiten Art es von selbst folgt, daß eine Verletzung derselben, weil die aus ihnen abgeleiteten Rechte von der Disposition der Privatpersonen nicht abhängen, eine unheilbare Nichtigkeit begründet.

Eben dieser Character der Unveräusserlichkeit solcher aus dem Gesetze fließenden Rechte beweißt aber zugleich, daß gar nichts darauf ankömmt, ob gegen den abstracten Rechtssatz oder

seinen richtigen Gebrauch gefehlt wurde, denn in einem wie im andern Fall wird ein Recht verlezt, welches vom Verzichte der Privatpersonen nicht abhängt, so wie im Gegentheil bei einem verzichtbaren Rechte es gleichgültig ist, ob dasselbe durch Aufstellung eines an sich gesetzwidrigen Satzes (contra jus in thesi) oder durch eine falsche Anwendung und Beurtheilung (contra jus in hypothesi) verlezt wurde; denn dieser Unterschied wirkt, wie ich nicht oft genug wiederholen kann, im Prozesse gar nichts, weil er bei Rechtsstreitigkeiten immer nur auf Entscheidung des streitigen Falles, nur auf das sogenannte jus in hypothesi ankommt, und die Parteien nur über ihr verletztes Recht, nicht über das Recht des verletzten Gesetzes Klage führen.

XXIX.

Ich sehe voraus, daß diese Meinung nicht ohne Anfechtung bleiben, manchen beim ersten Anblicke zurückschrecken werde, denn ich kann für sie keinen Gewährsmann, als den Geist des jüngsten Reichsabschiedes und Consequenz in Grundsätzen anführen. Indessen ist diese Rücksicht den Gesetzen selbst weniger fremd, als

mancher glauben wird. Ganz zusammenhängend mit der angeführten Classification der Gesetze gehen Urtheile über Ehestreitigkeiten, welche eine gültige Ehe aus einer falschen Ursache trennen, oder eine absolut verbotene Ehe für gültig erklären, nicht in Rechtskraft über, obgleich in den übrigen Ehestreitigkeiten, welche von der Einwilligung der Parteien abhängen, die Rechtskraft ihre vollen Wirkungen äussert *a*): aus dem unverkennbaren Grunde, weil es dort Rechten gilt, auf welche der Verzicht der Privatpersonen nicht wirken kann, hier aber nur Rechte in der Frage stehen, welche von dem Verzichte der Interessenten abhängen.

XXX.

Zu den Gesetzen, aus denen bei verletzenden Urtheilen eine unheilbare Nichtigkeit nicht abgeleitet werden kann, rechne ich alle diejenigen, welche die Rechtsverhältnisse in Privatsachen nur schlechthin so bestimmen, daß das Gegentheil hievon durch Verträge der Interessen-

a) Cap. 7. 10. 11. X. de sentent. et re jud. I. H. Böhmer Jus Eccles. Protest. Lib. II. Tit. XXVII. §. 41 — 52. G. L. Böhmer Princ. Jur. Canon. §. 824.

ten festgesezt werden kann. Daß die Gefahr nach vollendetem Kaufe schon vor der Uebergabe auf den Käufer übergeht, ist zwar im Gesetze bestimmt, aber die Interessenten können durch eine Verabredung dem Verkäufer die Gefahr zuwälzen. Hier gilt es einem vom Consense der Privatpersonen abhängenden Rechte; hier wirkt ein Verzicht, und wo dieser rechtlich denkbar ist, da kann man eine Nichtigkeit nicht als unheilbar sich denken.

Den Gesetzen hingegen, welche der Willkühr der Privatpersonen keinen Spielraum lassen und darum eine unheilbare Nichtigkeit bei Verletzungen erzeugen, zähle ich zu 1) alle absolut gebietende oder verbietende Gesetze, z. B. das Verbot des commissorischen Vertrages bei dem Pfandvertrage, die erklärte Ungültigkeit der Spielschulden; 2) alle Gesetze, welche das öffentliche Recht unmittelbar angehen, sollten sie auch auf Privatverhältnisse Einfluß haben, und aus Mangel an richtigem Systeme nur in das Gesetzbuch über Privatrechte aufgenommen worden seyn; ein Fall, der bei dem Personenrecht sehr häufig eintritt, und zu welchem die Erklärung

der Blödsinnigkeit, Mündigkeit oder Unmündigkeit u. d. die Belege abgeben. Hier wirkt kein Verzicht; eine hierin begangene Rechtsverletzung wird dnrch Unterlassung der Appellation nicht geheilt, und macht offenbar eine unheilbare Nichtigkeit aus, ohne daß es auf den Unterschied ankommt, ob contra jus in thesi oder in hypothesi erkannt wurde. Ein Richter, welcher einen commissorischen Vertrag für gültig, eine Spielschuld für verbindlich erklärt, fügt eine Verletzung zu, welche durch keinen Verzicht geheilt werden kann. Die Unheilbarkeit ist eine nothwendige Folge des verletzten Rechts, keinesweges aber der Art, durch welche das unverzichtbare Recht verletzt wurde; allemal ist eine Spielschuld für verbindlich, ein commissorischer Vertrag für gültig erklärt worden. Der Richter mag sich im Rechtssatz über die Verbindlichkeit oder in Beurtheilung des Factums geirrt haben, denn auch die Bestandtheile eines Geschäfts, von welchem rechtliche Folgen abhängen, sind in Rechtssätzen begründet, und von desto größerer Wichtigkeit, da sie die Basis der Rechtssätze über die Folgen des Geschäfts ausmachen.

XXXI.

Noch im höhern Grade unrichtiger ist Pütters Meinung, welcher es zum allgemeinen Satze erheben will, daß jede Verletzung eines vollkommenen Rechtes eine unheilbare Nichtigkeit ausmache, und welcher in diese Classe sogar Rechte aus einem Vertrage oder Privilegium bringt [a]). Er sucht zwar seine Meinung durch die Einschränkung zu mildern, daß das Recht und seine Verletzung ganz evident seyn müsse, allein eines Theils können aus dem sehr relativen oder subjektiven Grade der Evidenz eines Rechts oder seiner Verletzung keine Rechtsfolgen abgeleitet werden, wie ich schon einmal gegen diesen ehrwürdigen Gelehrten bemerkte [b]), andern Theils würde durch diese Ausdehnung der unheilbaren Nichtigkeiten die Lehre von ordentlichen Rechtsmitteln und das darauf gebaute ganze Rechtssystem über den Haufen geworfen, und ganz wider den Geist des jüngsten Reichsabschiedes gehandelt, welcher unverkennbar die Absicht hatte, die Klagen über unheilbare Nichtigkeiten einzuschränken. Auch hier muß man auf die

a) In der angef. Dissert. §. 32. 33. 40. — 42.

b) Handb. B. I. S. 26.

Unveräusserlichkeit des Rechts selbst, als den allgemeinen Grund zurückgehen, auf welchem der Character unheilbarer Nichtigkeiten beruht.

XXXII.

Ich gehe zur zweiten Classe unheilbarer Nullitäten über, denjenigen nämlich, welche auf speciellen Verordnungen unseres positiven Rechts beruhen. Vorzüglich gehören in diese Classe: 1) Urtheile, welche einem andern rechtskräftigen Urtheil widersprechen, sententia contra sententiam. Der allgemeine Rechtsgrund von unheilbaren Nichtigkeiten berechtiget zwar nicht, hierin eine unheilbare Nullität zu setzen, und Pütter stellt sie in eine ganz falsche Ansicht, wenn er dasjenige Urtheil, so bald es wohlerworbene Rechte verletzt, als unheilbar nichtig erklärt, und auf Urtheile gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß nur seinen Grundsatz als einen allgemeinen anwendet [a]). Wer wollte wohl ein Recht aus einem rechtskräftigen Urtheil für so stark erklären, daß es durch einen Verzicht des Berechtigten nicht aufgegeben werden könne? Da indessen eine deutliche Verordnung der

a) In der allegirten Dissert. §. 32.

Gesetze die Anfechtung eines solchen Urtheiles durch Nichtigkeitsklage verstattet [b]), so läßt sich diese klare Disposition des positiven Rechts dadurch mit allgemeinen Grundsätzen in Harmonie bringen, daß man sie als eine Verordnung betrachtet, welche den durch Verabsäumnng der Appellation entstehenden Verzicht auf den Fall nicht ausdehnen läßt, wo ein Urtheil mit einem älteren rechtskräftigen im Widerspruch steht. Nur ist eine Identität des Streits in beiden Erkenntnissen nothwendig, da sonst alle Idee eines Widerspruchs derselben von selbst wegfällt [c]).

XXXIII.

2) Urtheile, welche aus einer falschen Ursache (falsa causa) gefällt wurden, bringen die Rechtslehrer in diese Classe; und mit Recht, wenn man aus der Benennung nichts anders folgert, als was diejenigen Gesetze sagen, worauf sie sich berufen. Diese nämlich, weit entfernt,

b) L. 1. C. sententiam rescindi non posse. cap. 20. X. de re judic.

c) J. H. Böhmer J. E. Prot. Lib. II. Tit. XXVII. §. 35.

denjenigen Grund der Entscheidung hierunter zu verstehen, verordnen blos, daß nach innerhalb dreißig Jahren der verabsäumten Appellation ungeachtet ein Urtheil noch angefochten werden könne, welches auf falschen Beweis, mitteln beruhet *a*). Den schönsten Commentar über diese Gesetze liefert die königlich preußische Gerichtsordnung, welche ganz mit den Verordnungen des römischen Rechts übereinstimmt, von welcher ich deshalb Statt aller Ausführung die treffende Stelle hier wörtlich einrücke.

„Es giebt jedoch einige Fälle, wo ein Urtheil dergestallt nichtig ist, daß selbiges zu „keiner Zeit die Rechtskraft erlangen kann, „nemlich: 1) wenn dasselbe ex falsa causa gegeben worden: das heißt, wenn eine Partei „blos auf den Grund eines falschen Documents, „oder lediglich nach den Aussagen bestochener „Zeugen verurtheilt, oder abgewiesen worden. „Unter bestochenen Zeugen aber werden hier „nicht blos solche verstanden, welche durch

a) L. 33. D. de re judicata. L. 1. C. si ex falsis instrumentis.

b) Theil I. Tit. XVI. §. 2. S. 420.

„Geschenke an Geld oder Geldeswerth, son„dern auch diejenigen, welche durch die Hof„nung irgend eines zu gelangenden Gewinns, „oder Vortheils, oder durch Besorgniß eines „ihnen bevorstehenden Schadens, und Ver„lustes zur wissentlichen Ablegung eines fal„schen Zeugnisses erweislich vermocht worden. „Dagegen ist es zur Begründung einer Nulli„tätsklage keinesweges hinreichend, wenn der „Provocant blos das Gegentheil desjenigen, „was in dem Processe auf den Grund der Zeu„genaussagen für wahr angenommen worden, „durch andere Zeugen, und wenn deren auch „noch so viele wären, darthun will. Eben so „begründet es keine Nullitätsklage, wenn der „Provocant Urkunden vorbringt, aus welchen „das Gegentheil der Zeugenaussagen erhellen „soll; sondern es kömmt in diesem leztern Fal„le darauf an, in wie fern auf den Grund „dieser Urkunden, als neu aufgefundner, die „Wiederherstellnng in den vorigen Stand gesucht „werden kann.“

Sonderbar ist übrigens Böhmers c) Forderung, daß die falsche Ursache im Urtheil

c) Jus Eccles. Protest. a. a. O. § 38.

ausgedrückt sey, denn diese Forderung kann nach der herkömmlichen Form der Urtheile nicht erfüllt werden, da sie nur das Resultat, keines-weges aber die Gründe, am wenigsten die aus den Beweismitteln hergenommenen Gründe, enthal-ten. Es genügt vielmehr, wenn das Urtheil wirk-lich auf den falschen und ungültigen Beweismit-teln beruhet, welches aus Vergleichung des Streit-punktes mit dem Beweisthema und dem hierauf erfolgten Urtheil leicht ausgemittelt werden kann.

XXXIV.

3) Verletzungen, welche aus einem Rech-nungsfehler entstehen, können durch eine Ver-besserung noch innerhalb dreißig Jahren gehoben werden. Der Satz hat die deutliche Bestimmung der Gesetze für sich a), und die Rechtslehrer behandeln diesen Fall in der Lehre von der Nichtig-keitsklage; allein mit dieser hat die Verbesserung des Irrthums in der Berechnung nichts gemein, als die Zeit, innerhalb welcher sie verlangt wer-den kann, das Urtheil wird nirgends als un-gültig angefochten, vielmehr in der Entscheidung

a) L. 1. §. 1. D. quae sentent. sine appellat. L. un. C. de errore calculi.

über das Recht und die Verbindlichkeit an sich als gültig anerkannt, und nur der Irrthum an der Summe, welche als etwas Zufälliges zu betrachten ist, verbessert [b]).

Eben darum glaube ich, daß derjenige, welcher den Rechnungsfehler kannte, und doch die irrige Summe bezahlte, auf eine Verbesserung keinen Anspruch machen könne. Denn da der Gegenstand an sich einen Verzicht zuläßt, so steht der Leistende ganz mit demjenigen in einer Linie, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, und kann so wenig wie dieser, das Bezahlte zurükfordern.

XXXV.

Ausser diesen Fällen bringen manche Schriftsteller noch allerhand Fälle vor, wo sie eine Nichtigkeitsklage als begründet ansehen. Allein entweder vermengen sie ausserordentliche Rechtsmittel mit der Nullitätsklage, oder sie nehmen, ohne hinreichenden Grund aus der Natur der Sache oder den Gesetzen für sich zu haben, manches in die Reihe unheilbarer Nich-

b) Weiß in der angef. Dissert. S. 29.

tigkeiten auf, was dahin nicht gehört. Gegen das erste fehlt Böhmers Meinung, daß Urtheile, welche auf einen nothwendigen Eid gefällt wurden, in Rechtskraft nicht übergehen, weil sie durch neue Beweise angefochten werden können a). Auf diese Art gäbe es gar kein rechtskräftiges Urtheil, weil gegen alle Urtheile wegen neu aufgefundener Beweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann. Hier ist der Mangel eines wahren Begriffes der Rechtskraft, den ich oben b) näher bestimmte, sehr fühlbar. Gegen das zweite fehlen diejenigen, welche einen faktischen Irrthum, worauf ein Erkenntniß ruht, als Grund seiner Anfechtung wegen wesentlicher Mängel anerkennen c). Ausdrüklich erkennt hier das römische Recht die Wirkungen der Rechtskraft, und zwar in einem so hohen Grade, daß es die Vollstreckung des Urtheils zu einer Sache macht, an welcher wegen des Ansehens rechtskräftiger Urtheile dem Staate selbst liegt d).

a) Jus Eccl. Prot. a. a. O. §. 35.

b) Abhandl. XXXVIII. §. 19—21.

c) Mevius Decis. Part. VI. Dec. 30. 256. Wernher Observ. P. I. obs. 34. P. III. obs. 28.

d) L. 65. §. 2. D. ad Sctum Trebell.

Doch bedarf es kaum einer Erwähnung, daß hier nicht selten das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Platz finde, wenn der verletzte Theil aus einem neuen Vorbringen sein Recht weiter verfolgen kann. Diese aber hat mit der Nichtigkeitsklage nichts gemein, wie man schon aus der Verschiedenheit des Zeitraums abnehmen kann, da die Nichtigkeitsklage in dreißig Jahren, die Wiedereinsetzung aber nur in vier Jahren Statt findet.

Eben so ungegründet ist die Behauptung, daß ein Urtheil nichtig sey, welches dem Klagschreiben oder den Akten nicht gemäß ist *e*). Entweder ist hierdurch ein wesentliches Stück des Prozesses verlezt, und dann kann man die angebliche Nichtigkeit nicht mehr für eine besondere Art unheilbarer Nullitäten ansehen; — oder dieser Mangel eines wesentlichen Prozeßtheiles ist darin nicht enthalten; und dann ist kein Grund denkbar, aus welchem das Daseyn einer unheilbaren Nichtigkeit gerechtfertigt werden könnte *f*).

e) Mevius Decis. P. I. Dec. 181. II. 84. III. 106. Leyser Medit. ad Pand. spec. 468.

f) Ueberhaupt sehe man darüber Weiß a. a. O. S. 28.

XXXVI.

Ich muß hier noch einmal die Frage berühren, ob die Klage über unheilbare Nichtigkeit bei dem höhern Richter angebracht werden müsse, oder ob man sie auch bei dem nämlichen Richter anbringen könne, welcher das als nichtig anzufechtende Urtheil fällte? In einer besondern Schrift erwog ich die Gründe für beide Meinungen, und erklärte mich dafür, daß sie nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne [a]); indessen fand diese Meinung nicht überall Eingang. Martin [b]) erklärt sich dagegen unbedingt, Grolman aber macht nur die Einschränkung, wenn das Gericht der ersten Instanz ein Collegium war, bei welchem nun durch Bestellung eines andern Referenten für die zweite Instanz, dennoch Sicherheit wegen der richterlichen Unparteilichkeit verschaft werden kann [c])

a) In der Dissertatio de effectu querelae nullitatis devolutivo. Bamberg 1792. in einer freien Uebersetzung in meinen Erörterungen über den gem. Proz. Num. 26.

b) Lehrbuch des teutsch. gem. Proz. §. 217. Not. 1

c) Theorie des gerichtl. Verf. §. 220.

Als Regel stelle ich den Satz auf, daß die Nullitätsklage nur als devolutives Rechtsmittel denkbar sey. Unheilbare Nichtigkeit betrachten die Gesetze nur im Gegensatz der Appellation, römisches und deutsches Recht stellen beide Rechtsmittel in der Hauptsache unter eine Linie, als Mittel, eine Rechtsverletzung abzuwenden; sie unterscheiden Nichtigkeitsklage von der Appellation nur durch den Zeitraum, auf welchen ihr Gebrauch eingeschränkt ist. Ein unheilbar nichtiges Erkenntniß ist immer auch beschwerend, nur in einem höheren Grade; es ist demnach gar nicht zu läugnen, daß die Nullitätsklage alle Prädicate, welche als gesetzliche Folge eines beschwerenden Urtheils zu betrachten sind, mit der Appellation gemein habe, unter welchen die Devolutivwirkung die erste Stelle einnimmt, da unsere Gesetze den Satz aufstellen, daß Niemand über die Gültigkeit seiner eigenen Handlungen Richter seyn kann, daß der einmal gravirende Richter die Vermuthung fernerer Beschwerden wider sich hat, und da unsere Gesetze es von der Willkühr des beschwerten Theiles gar nicht abhängig machen, ob er seine Beschwerde durch Appellation an den höhern Richter bringen wolle oder nicht. Man bedarf also keines

andern von den vielen für meine Meinung sprechenden Grundes, als des einzigen: daß unheilbare Nichtigkeit eine Art von Beschwerde ist, und die Prädicate der Gattung allen darin begriffenen Arten zukommen müssen.

Der Ausnahme, welche Grolman macht, pflichtete ich schon in den Erörterungen in dem Fall bei, wenn gegen Urtheile der obersten Landesgerichte die Nullitätsklage angestellt werden soll, und es an der Appellationssumme, auf welche die Reichsgerichte auch bei der Nichtigkeitsklage Rücksicht nehmen, mangelt. Hier giebt es wohl keinen andern höhern Richter, als das von den Reichsgesetzen im Mangel der Appellationssumme angeordnete Surrogat. Ausser diesem Fall aber kann ich Grolmans Ausnahme nicht unterschreiben, weil eines Theils bei Beurtheilung der Subordination der Gerichte, welche in der Devolutivwirkung eines Rechtsmittels allein entscheidet, es nicht so wohl auf die Person des Richters, sondern vielmehr auf die Competenz des Gerichts selbst ankommt, andern Theils hieraus eine Störung der vom Staate für Rechtsmittel angeordneten höhern Gerichte und eine unerlaubte Vermehrung der

Instanzen entstehen würde, und man eine mangelhafte Einrichtung, welche selbst die Reichsgesetze nur ungern und nur im Mangel anderer Auskunftsmittel in wenigen Fällen adoptirten, auf andere in den Gesetzen nicht enthaltenen Fälle auszudehnen nicht berechtiget ist *d*).

XXXVII.

Würde man unter unheilbaren Nichtigkeiten nur dasjenige verstehen, was eigentlich dahin gehört, nämlich ein Versehen des Richters und eine durch ihn entstandene Rechtsverletzung, so könnte von der als Regel geltenden nothwendigen Devolutivwirkung der Nullitätsklage so wenig eine Ausnahme gedacht werden, als die Appellation hierin eine Ausnahme zuläßt. Die angeführte Regel hat auch keine Ausnahme, so oft die Klage auf Nullitäten begründet wird, welche der Richter begieng, welche also nur den höhern Grad einer Beschwerde enthalten. Aber da man mit der eigentlichen Nichtigkeitsklage diejenigen Fälle vermengte, wo das römische Recht einer Rescission des Urtheiles ohne Appellation Platz gibt, so werden hierdurch einige Ausnahmen begründet.

d) Man vergleiche oben die Abh. XXXVII.

Wenn ein Urtheil auf falschen Beweis-mitteln beruht, und erst nachher dargethan wird, daß die Zeugen bestochen, die Urkunden ver-fälscht waren: wenn sich an der vom Richter-im Urtheil ausgedrükten Summe ein Rechnungs-fehler ergiebt, so wird der Richter keines Ver-sehens beschuldigt, denn sogar bei dem Rech-nungsfehler gilt es keiner durch den Richter zu-gefügten Beschwerde, da sein Urtheil über Recht und Verbindlichkeit an sich nicht angefoch-ten, nur die Berechnung als etwas zufälliges verbessert wird, und Berechnungen Sache der Rechnungsverständigen sind. — Der Grund, aus welchem bei eigentlichen vom Richter be-gangenen Nullitäten die Nothwendigkeit der De-volutivwirkung bewiesen wurde, fällt alsdenn hinweg, und der Streit nähert sich dem Rechts-mittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil aus neuen Merkmalen, welche eigentlich in den vorausgehenden Verhandlungen nicht vor-gebracht waren, eine Abänderung des Urtheils begehrt wird. Diese Rechtsverfolgung nimmt auch dieses von der Restitution an, daß sie eine Devolutivwirkung gar nicht haben kann, da über diese neuen Merkmale noch nicht gestritten wur-de, folglich die Parteien ihre erste Instanz ver-

löhren, wenn es erlaubt wäre, sich mit den hierauf gebauten Anträgen an den höhern Richter zu wenden.

XXXVIII.

Man darf aber diese Ausnahmen nicht zur Regel erheben, und nicht etwas der Nullitäts-klage überhaupt beilegen, was nur von einigen Fällen und zwar von solchen, die nicht einmal eigentlich zu den Nichtigkeiten gehören, ausgesagt werden kann. Auch herrscht hiebei keine Willkühr; nichts ist dem Querulanten überlassen; er muß die wahre Nichtigkeitsklage nach der Analogie der Appellation bei dem höhern Richter — und die uneigentliche nach der Analogie der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei dem Richter anbringen, welcher das in Frage stehende Urtheil gab, ohne daß etwas von seiner Wahl abhängt.

Das sprechendste Beispiel liefert mir ein Urtheil, welches einem vorhergehenden rechtskräftigen Urtheil widerspricht. War das ältere Urtheil dem Richter bekannt; machte es einen Theil der Akten aus, worin er ein entgegenge-

sezes Urtheil gab, so kam die Verletzung vom Richter; er beschwerte die Partei, und zwar in einem so hohen Grade, daß nicht einmal die Unterlassung der Appellation ihre Rechtsverfolgung hindert. Hier muß der Verletzte sein Recht bei dem höhern Richter, und nur bei diesem Aufhebung des nichtigen Ausspruchs suchen. Machte aber das ältere Urtheil einen Theil der Akten nicht aus; soll es erst nach dem neuern Urtheil dem Richter vorgelegt und darauf das Begehren einer Abänderung des Urtheils gebaut werden, so hat diese Rechtsverfolgung mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dieses gemein, daß neue Merkmale dem Richter vorgelegt werden, und zwar solche, die ihn zur Fassung eines andern Erkenntnisses bewogen hätten, wenn sie ihm früher bekannt gewesen wären, daß über diese Merkmale die Vertheidigung unter den Parteien in der vorigen (ersten) Instanz noch nicht geführt war, und diese Gemeinschaft des Grundes, aus welchem der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Devolutivwirkung gar nicht zukommt, erwirkt auch, daß die in einem solchen Falle begründete Nichtigkeitsklage nur bei dem nämlichen Richter angebracht werden könne, welcher das letzte Urtheil fällte.

XLIII.

Ueber Ordinationen.

I.

Ordinationen sind eine sehr wohlthätige Erfindung des kaiserlichen Reichshofrathes, welche bald auch bei dem Reichskammergericht und den übrigen Territorialgerichten in Teutschland Eingang fand. Entschieden ist ihr Vortheil durch den wichtigen Einfluß, welchen sie auf Abkürzung der Prozesse haben: denn wozu soll ein weitläufiger Prozeß frommen, wenn es möglich ist, den Kläger sogleich durch eine besondere Weisung ohne Aufwand von Zeit und Kosten zufrieden zu stellen? Aber wie leicht kann auch hier die Gewalt des Richters überschritten, wie leicht Willkühr an den Platz des Gesetzes gestellt werden! Schwer ist es, die Grenzen abzustecken, innerhalb welcher die Ordinationen rechtmäßig sind; schwer, die Rechtsfolgen einer erlassenen Ordination anzugeben; schwer, den

Prozeßgang nach erkannter Ordination vorzuzeichnen: denn in dieser Lehre finden wir uns von den Gesetzen allenthalben verlassen, alles beruht auf einer richtigen Entwickelung des Verhältnisses, in welches der Richter gegen die Parteien und diese unter sich durch eine Ordination versetzt werden, und wir machen in der Rechtswissenschaft die Erfahrung nur zu oft, daß die Meinungen sich eben da am sonderbarsten durchkreutzen, wo es auf eine Entwickelung aus allgemeinen Grundsätzen ankömmt *a*).

II.

Zunächst paßten die Anrathungsgründe für Einführung der Ordinationen auf die höchsten Reichsgerichte; weitaussehend ist hier mehr,

a) Von Ordinationen haben in besonderen Schriften gehandelt: Hahn de ordinationibus, ceu novo judicandi genere supremor. Imp. tribunalium. Mogunt. 1753. in Pütter Opusc. rem judici imp. illustrant. S. 602 Cramer de Clausprych Diss. de ordinationibus in processu camer. imp. usitatis. Mogunt 1776. Claren Diss. de eo, quod justum est circa rescripta de emendando seu Ordinationes Göttinq. 1798. Unbedeutend ist, was davon Bostell in den Beiträgen zur kammerger. Litteratur und Praxis Th. II. S. 85. sagt.

als bei jedem andern Gerichte ein Rechtsstreit, dessen Ende oft die Nachkommen der dritten und vierten Generation vergebens hoffen. Tausende von Prozessen liegen dort unerledigt, liegen schon seit Jahrhunderten, und den Reichsgerichten drängte sich von selbst, ohne Veranlassung aus den Gesetzen zu haben, der Wunsch nach einem Auskunftsmittel auf, wodurch das Recht, so weit es klar vor Augen liegt, schleuniger realisirt, oder in einer Art von Mittelweg der Prozeß weder förmlich eingeleitet, noch ganz abgeschnitten, sondern versucht würde, ob nicht ohne Verhandlungen dem Kläger geholfen werden könne, mit dem Vorbehalte jedoch, daß der Prozeß förmlich eingeleitet werde, wenn der eingeschlagene Mittelweg nicht hilft.

Vor dem jüngsten Reichsabschied waren die Ordinationen nicht bekannt. Der Appellant übergab seinen Beschwerdenlibell erst nach erkannten Appellationsprozessen; es war also gar keine Gelegenheit vorhanden, bei Erkennung dieser Prozesse in das Innere der Beschwerden einzugehen, und durch eine eingreifende Verfügung mit Hebung der Beschwerde auch der ganzen Appellation ein Ende zu machen. In Cita-

tions, und Mandatssachen war das nämliche Verhältniß, wenigstens war Bescheinigung des Mandatsgesuches nicht nothwendig, und man hieng zu stark an den Förmlichkeiten der angenommenen Prozeßarten, als daß man auf ein Citations, oder Mandatsgesuch etwas anders, als Erkennung oder Abschlagung der gebetenen Prozesse, verfügt hätte.

Erst der jüngste Reichsabschied bahnte den Ordinationen einen Weg durch seine Verordnung, daß mit der Bitte um Appellationsprozesse auch die Rechtfertigung der Beschwerden verbunden werden sollte. Denn nunmehr konnte der Oberrichter in die Beschwerden vor Erkennung der Appellationsprozesse hineinsehen, nunmehr beurtheilen, wie durch eine Verfügung die Weitläuftigkeiten des Appellationsverfahrens abzuschneiden seyen; nunmehr konnten Ordinationen erscheinen seit dem Ende des siebenzehenten Jahrhunderts. Zuerst kamen sie bei dem kaiserlichen Reichshofrath in Gang, der von jeher in den Formen seiner Erkenntnisse freier handelte; zuerst wurden sie in Appellationssachen gebraucht, bald darauf aber auch auf Mandats, und Ci-

tationssachen übertragen a); zu welcher Ausdehnung die nunmehr frequenten Berichtsabforderungen den nächsten Anlaß gaben, als wodurch der Reichshofrath die Lage der Sache nach vorläufig gehörten beiden Theilen genauer kannte, und durch seine Rescripte den Versuch machen konnte, das Rechtsverhältniß unter den Parteien ohne weitläuftiges Verfahren in einer durchgreifenden Verfügung herzustellen. Gereizt durch dieses Beispiel nahm auch das Reichskammergericht die Ordinationen auf, aber später: denn es hielt strenger an den Formen der Appellations-, Citations-, und Mandatsprozesse, es hatte die Leichtigkeit und Gewandheit der Rescripte nicht, und nur in Prälocuten und Extrajudicialdecreten konnte dieses Tribunal einen Weg finden, wodurch es an seine drei Prozeßarten die Ordinationen anzureihen vermögend war b).

a) Claren a. a. O. §. 4. sagt, sie seyen bei dem kais. Reichshofrath erst 1725. in Uebung gekommen; allein selbst Pütter, auf den er sich beruft, sagt in der angeführten Schrift §. 22., daß die Ordinationen zuerst bei dem Reichshofrath aufkamen, und er bringt Beispiele schon vom Jahre 1712. vor, wo der Reichshofrath in der vollendeten Form Ordinationen erkannte, welches einen ältern Gebrauch voraussezt.

b) Vergleiche Pütter a. a. O. §. 22 – 68.

III.

Lange schon waren die Ordinationen im Schwunge, und immer noch nahm die Reichsgesetzgebung von ihnen keine Notiz; die Kammergerichtsvisitation vom Jahre 1767 — 75, welche ihres traurigen Ausgangs ungeachtet dem Reichsjustizwesen manchen Vortheil brachte, hat auch diesen Gegenstand rege gemacht, und der Reichsschluß vom Jahre 1775. §. 28. über die Ordinationen dem Kammergerichte Gutachten abgefordert. Schon hierdurch war die Rechtmäßigkeit der Ordinationen provisorisch anerkannt; aber es geschah noch durch eine entscheidendere Handlung bei dem wichtigen Wahlconvente im Jahre 1790., woselbst durch neue Zusätze zur Wahlcapitaltion Leopolds II. der Gebrauch der Ordinationen in Klagsachen der Unterthanen gegen ihre Obrigkeit auf vorhergehende Berichtsabforderung eingeschränkt [a]), folglich eben hierdurch innerhalb dieser Gränzen nun das erstemahl durch ein Reichsgrundgesetz ausdrüklich sanctionirt wurde, sogar mit Verwerfung des von Churſachſen berührten Unterschiedes, ob die Ordinationen Anordnungen

a) Art. XIX. §. 6. u. 7.

in meritis causae enthalten, oder blos die Form des Prozesses betreffen *b*); obgleich hierdurch nur die Ordination überhaupt anerkannt, aber über ihre Voraussetzungen und Wirkungen keine Bestimmungen gemacht wurden, und wir uns noch immer, was das Innere des Gegenstandes betrift, von den Gesetzen um so mehr verlassen sehen, als das Kammergericht den verlangten Bericht bis auf den heutigen Tag noch nicht erstattet hat.

Unterdessen hatten schon sehr bald Territorialgerichte, welche im Prozesse überhaupt dem Beispiel der höchsten Reichsgerichte folgen, auch die Ordinationen nachgeahmt, und die braunschweig lüneburgischen Landesgesetze *c*) liefern von den Jahren 1712. und 1718. das bisher bekannte älteste Beispiel einer Territorialgesetzgebung, welche eine Spur von Ordinationen im Appellationsverfahren enthält. Bis auf den

b) Man vergl. das Protocoll des kurfürstl. hohen Wahlkonvents zu Frankfurt vom Jahre 1790. Th. II. S. 209 — 216. Häberlin pragmat. Geschichte der Wahlcap. Leopolds II. S. 277. u. ff.

c) Claren a. a. O. S. 12.

heutigen Tag hat sich der Gebrauch der Ordinationen in deutschen Ländern so stark ausgebreitet, daß wohl kein Land aufzufinden seyn wird, in welchem sie nicht bei Gerichten üblich wären. Sie verdienen deshalb in einem Handbuche über den gemeinen Prozeß um so mehr eine Stelle, je weniger von ihnen in andern Schriften vorkommt, und je gewisser es ist, daß dieser Gegenstand, worauf ohnehin der reichsgerichtliche Prozeß kein ausschließendes Recht hat, zu den im Reichsprozesse noch am wenigsten erörterten Materien gehört.

IV.

Das Bestreben, Prozesse abzuschneiden, mag immer Anrathungsgrund für die Gesetzgebung seyn; aber dem Richter gibt es kein Recht, von den Gesetzen abzuweichen, auf Anträge der Parteien Beschlüsse nach Willkühr zu fassen, und den Prozeßarten, als den rechtmäßigen Vertheidigungsmitteln, neue, den Gesetzen unbekannte Verfügungen zu substituiren. Denn wenn die Gesetze ein Mandats-, Citations-, und Appellationsverfahren vorgezeichnet haben, als den Weg, auf welchem der Ausspruch über streitige Rechte nach bestimmten Richtungen erzielt wer-

den soll, wie kann das blose Bestreben, Prozesse abzschneiden, den Richter berechtigen, aus dieser Bahn hinauszutreten, wenn die Gesetze es nicht erlauben? Man vermengt Anrathungsgründe mit dem Rechtsgrunde, wenn man Ordinationen schon durch das Abkürzen der Prozesse für gerechtfertiget hält, und über den eigentlichen Rechtsgrund hinweggleitet, ohne welchen das Rechtsverhältniß, in welches Ordinationen eine Streitsache versetzen, durchaus nicht bestimmt werden kann. Dieser Vernachläßigung mag es zuzuschreiben seyn, daß die Lehre von Ordinationen bisher durchaus so schwankend war.

Im Hauptwerke muß zwar die Rechtmäßigkeit aller Ordinationen auf einem Grunde beruhen; aber doch modificirt sich derselbe nach den verschiedenen Prozeßarten, bei welchen sie vorkommen, auf verschiedene Weise; doch bringen nicht alle Ordinationen gleiche Wirkungen hervor. Eine Ordination in einer Appellationssache ist ein Relevanzbescheid; hier ist Rechtskraft, also der Gebrauch von Rechtsmitteln denkbar, der bei einer Ordination auf ein Gesuch um eine Ladung oder ein Mandat offenbar hinwegfällt; eine Betrachtung, die allein schon

hinlänglich erprobt, daß man in Aufstellung des Rechtfertigungsgrundes für Ordinationen mit großer Behutsamkeit zu Werk gehen müsse. Indessen will ich, ehe ich dahin übergehe, zuerst die Natur der Ordinationen überhaupt und in Vergleichung mit andern richterlichen Verfügungen, denen sie ähnlich sind, näher angeben.

V.

Bei dieser nur durch Gerichtsgebrauch, nach mannichfaltigen und schwankenden Formen, nach verschiedenen Grundsätzen, aus welchen öfters, aber nicht immer, die Wahrheit hervorleuchtet, gebildeten Sache werde ich meine Leser sicherer zum Ziele führen, wenn ich zuerst erforsche, was Ordinationen nicht sind. Der negative Weg wird uns zum positiven Begriffe, und dieser zum Rechtfertigungsgrunde leiten.

1) Ordinationen sind kein Urtheil; auf einseitige Vorstellungen, ehe beide Theile gehört sind, kann der Richter niemals den entscheidenden Ausspruch über Rechte und Ver-

bindlichkeiten geben a), und Ordinationen wer-
den auf einseitige Vorstellungen erlassen.
Dies macht ihren Character aus: denn durch sie
will der Richter den Rechtsstreit vor seiner Ent-
stehung unterdrücken. Dieser Satz steht auch
da noch aufrecht, wo etwa nach einem präpara-
torischen Verfahren, z. B. im Berichtsprozesse
oder durch präoccupatorische Vorstellungen der
Gegentheil bei Gericht auftrat. Durch den Be-
richtsprozeß wird das Verfahren in einer be-
stimmten, der Sache angemessenen, Prozeß-
art noch nicht wirklich eingeleitet; er ist nur
Vorbereitung zum Streite, nicht der wirk-
liche Streit selbst, also die Verfügung des
Richters auf Bericht und Gegenbericht noch im-
mer im Rechtssinne eine auf einseitige Vorstel-
lung des Klägers erlassene Verfügung. Bei
präoccupatorischen Vorstellungen, welche als
unzuläßige Vertheidigungen für nicht geschehen
geachtet werden, bedarf es ohnehin keiner Aus-

a) Handbuch B. I. Abh. VI. besonders §. 3. — 16. Uebrigens können sie aus andern Gründen, wie z. B. der Relevanzbescheid, in Rechtskraft übergehen, ohne darum Urtheile im eigentlichen Sinne zu seyn. Handb. a. a. O. §. 28.

führung b) 2) Sie sind keine Erklärung des Urtheils, mit welcher sie in der Form viele Aehnlichkeit haben. Nicht selten führt der Appellant eine Beschwerde, wo der Oberrichter das Recht des Appellanten, welches die Appellation verfolgen soll, zwar für gegründet hält, sich aber dabei überzeugt, daß das vorige Erkenntniß dieses Recht nicht kränke; sey es nun daß dem Urtheil ein anderer Sinn, als der Appellant glaubt, beizulegen sey, oder daß dem Appellanten das Urtheil in Verfolgung dessen, wohin seine Appellation zielt, nicht im Weg stehe. Hier ist keine Ordination vorhanden; die Appellationsprozesse werden unbedingt abgeschlagen; auch nicht zum Theil verfügt der Richter etwas für das Recht des Appellanten; er reformirt auch nicht zum Theil das erstrichterliche Erkenntniß; die Abschlagung der Prozesse mit Vorbehalt einer besondern Rechtsverfolgung ist keine Ordination.

VI.

3) Auch kein simples Dekret. Sie haben zwar bei dem Reichskammergerichte die Form eines Extrajudicialdekretes, und in Territorialgerichten bei Appellationssachen die De-

b) Handb. a. a. O. §. 23.

kretform des Relevanzbescheides; allein sie unterscheiden sich von simplen Dekreten im Zwecke, indem diese nur auf Einleitung zur Rechtsvertheidigung, ohne über den Streitgegenstand selbst etwas bestimmtes festzusetzen, abzielen, wogegen Ordinationen, die Rechtsverhältnisse selbst unter den Parteien auf eine entscheidende Weise zu bestimmen, die Absicht haben.

4) Eben so wenig ein Prälocut; weil Prälocute nur auf Leistung desjenigen gehen, was erfordert wird, um die Sache in der gewählten Prozeßart zu verhandeln, folglich nicht die Unterdrückung des Prozesses in seiner Entstehung, sondern vielmehr dessen Einleitung direkte bezwecken.

5) Auch von Provisionalverfügungen unterscheiden sie sich. Diese setzen während des Streites nur einen provisorischen Zustand unter den Parteien fest, haben die Unterdrückung des Streites in seinem Ausbruche nicht zum Zwecke, sondern der Lauf des Prozesses ist vielmehr Bedingung eines Provisoriums — Ordinationen hingegen zielen auf einen peremtorischen Zustand unter den Parteien ab, wenig-

stens in Beziehung auf den Gegenstand, so weit er eben ietzt in Streit befangen ist, und ihr Zweck ist, durch Festsetzung der Rechte unter den Parteien den Ausbruch des eben intentirten förmlichen Streites zu hindern.

6) Endlich sind sie auch keine Mandate. Sie können zwar Mandatskraft erhalten, und nehmen sehr oft, wie wir unten sehen werden, die Natur der Mandate an, ohne daß sie deshalb Mandate genannt oder allemal gleich gestellt werden dürfen. Mandate sind Befehle des Richters, wo er die erste Instanz hat; Ordinationen hingegen können auch in Sachen der zweiten Instanz vorkommen. — Mit den Mandaten beginnt das förmliche Verfahren in einer bestimmten Prozeßart, dem Mandatsprozesse; durch sie wird also der Prozeß nicht in seiner Entstehung gehindert, sondern im Gegentheil förmlich eingeleitet: bei Ordinationen aber muß das Unterdrücken des Streites durch eine von der Verfahrungsart, welche der Kläger wählte, abweichende Bestimmung des Richters Absicht seyn.

Diese Untersuchung, was Ordinationen nicht seyen, führt uns zum positiven Begriffe, dessen Bestandtheile hier erforscht werden. Sie sind

1) ein Befehl des Richters auf einseitige Vorstellungen. Als Ausspruch des Richters in einer Streitsache entstehen sie durch eine Art der richterlichen Reflexion; als richterliche Bestimmung auf einseitige Vorstellungen einer Partei entfernen sie sich von eigentlichen Urtheilen, und nähern sich den Mandaten; es wird nach diesem Verhältniß ein besonderer Grund erfordert, wenn sie in Rechtskraft überzugehen qualificirt seyn sollen.

2) Durch sie bestimmt der Richter das Rechtsverhältniß unter den Parteien über die Streitsache selbst. Hierdurch unterscheiden sie sich von Prälocuten und simplen Dekreten, welche auf die Einleitung zum Prozesse abzielen, und von Provisionalverfügungen, welche den Streit selbst keinesweges unterdrücken, sondern nur während des Streites einen provisorischen Zustand unter den Parteien herstellen sollen. Bei Ordinationen ist allemal der Zweck, den

Streit selbst durch eine auf den Streitgegenstand wirkende ihn erschöpfende Verfügung zu beendigen, nichts provisorisches, sondern etwas peremtorisches unter den Parteien festzusetzen. Dieses muß aber immer nur relativ, nach den Verhältnissen des Streitgegenstandes, verstanden werden; aber richtig verstanden macht es einen wesentlichen Bestandtheil im Begriffe der Ordinationen aus. Ich will mich näher erklären. Wenn in einem Prozesse der Appellant nur über eine verletzte Formalität sich beschwert, so machen diese Formalien den einzigen Punkt aus, der in der Appellationsinstanz als streitig zu betrachten ist; wird dieser durch eine Ordination gehoben, dann mag immer der Streit in der ersten Instanz seinen Fortgang nehmen, dennoch ist durch die Ordination eine peremtorische Bestimmung der Streitsache selbst gegeben: denn alles, was in dieser Lage als streitig betrachtet werden konnte, alles, was Gegenstand des neuen Verfahrens unter den Parteien werden sollte, alles dieses ist peremtorisch bestimmt, ohne darüber ein eigenes Verfahren in derjenigen Prozeßart nebenbei vorauszusetzen, worin die Sache angebracht war. Aus diesem wesentlichen Be-

standtheil im Begriffe der Ordinationen zeigt sich denn auch, daß die Verordnungen des Richters über Nebenpunkte, welche der Hauptladung oder dem Haupterkenntnisse angehängt werden, eigentliche Ordinationen nicht sind, wenn sie auch ihre Einkleidung der Form nach haben. Auf diese Art werden von den Reichsgerichten sehr häufig, wo sie z. B. einen Cabinetseinfluß in Justizsachen, bei Rittercantonen eine Ueberschreitung ihrer Gewalt wahrnehmen, wo sie den Recurrenten gegen weitere Verfolgungen sicher stellen wollen u. s. w. passende Nebenverfügungen in Ordinationsform (man versehe sich) dem Hauptconclusum angehängt, ohne daß es wahre Ordinationen sind.

3) Durch Ordinationen sucht der Richter das Rechtsverhältniß unter den Parteien a u s s e r und an S t a t t der g e w ä h l t e n P r o z e ß a r t zu bestimmen. Es ist keine Ordination, wenn der Richter ein Mandatsgesuch nur zum Theil, nur insoweit bewilliget, als er dasselbe für gegründet halten kann, oder wenn er Statt des gebetenen Mandats nur eine Ladung erkennt, denn er macht hierdurch nicht allein keine Bestimmung über den Streitgegenstand selbst, sondern er

bleibt in der Bahn des gewöhnlichen Citations- oder Mandatsprozesses, so weit diese Einleitung zur wechselsweisen Rechtsvertheidigung der Sache angemessen ist. Es liegt immer im Geiste einer Ordination, daß der Richter aus der gewöhnlichen Bahn einer bestimmten Verfahrungsart in dem Zeitpunkt austritt, wo er auf das Anbringen des Klägers bestimmte Prozesse (Citations-, Mandats-, Appellationsprozesse) erkennen oder abschlagen sollte.

4) Durch eine Ordination soll der Streit in seiner Entstehung gehindert werden, welchen der Richter, so bald der Ordination Genüge geleistet wird, für überflüssig erkennt. Wollte er über den Streit erst Verhandlungen unter den Parteien einleiten, so würde er nicht berechtiget seyn, die Bahn des gerichtlichen Verfahrens zu verlassen, nur die Rücksicht, daß Verhandlungen, als Mittel durch den Zweck bedingt, bei erreichtem Zwecke überflüssig sind, mag es rechtfertigen, daß der bevorstehende Streit in seinem Aufleben durch eine Ordination erstickt werde, welche dem Kläger ohne prozessualische Weitläufigkeiten zu demjenigen führt, was er etwa nach gepflogenen Verhandlungen fordern könnte.

VIII.

Diese Bestandtheile setzen uns in den Stand, auch den Rechtfertigungsgrund, Erfordernisse und Wirkungen der Ordinationen zu beurtheilen.

Einleitung zur wechselseitigen Rechtsvertheidigung unter den Parteien, bevor der Richter über ihre Rechte den entscheidenden Ausspruch giebt, muß der oberste Grundsatz eines jeden gerichtlichen Verfahrens seyn, und er ist es auch, im teutschen gemeinen Prozesse a). Zufällig ist zwar die Art dieser Einleitung, aber wo einmal diese durch positive Gesetze auf bestimmte Prozeßarten zurückgeführt ist, da muß eine Verfügung des Richters, womit er eine Rechtssache aus allen diesen Wegen heraushebt, als eine starke Abweichung von den Gesetzen aus diesen selbst gerechtfertiget werden können.

In ausdrüklichen Gesetzen darf man diese Begründung nicht erwarten, da sie, wie ich schon bemerkte, von Ordinationen bis zum Reichsschlusse von 1775. tiefes Stillschweigen

a) Handb. B. I. Abh. VI. §. 3.

beobachteten, und selbst in diesem Reichsschlusse, so wie in der kaiserlichen Wahlkapitulation hievon nur im Vorbeigehen sprechen, sie nur nebenher, mehr durch vorübergehende Meldung als gerecht ansehen, und weit entfernt, sie durch eine neue Legislation erst zu sanctioniren, vielmehr voraussetzen, daß ihr Rechtfertigungsgrund in den schon bestehenden Gesetzen liege. Es bleibt also nichts übrig, als diesen in dem Zwecke alles gerichtlichen Verfahrens und in Zusammenstellung verschiedener Gesetze aufzusuchen.

IX.

Die Natur der Sache stellt uns alle Verhandlungen unter den Parteien als Mittel vor, ihr Recht zu vertheidigen, und dem Richter die Kenntniß der wahren Merkmale eines streitigen Falls zu verschaffen. Kann der Zweck alles gerichtlichen Verfahrens: Bestimmung streitiger Rechte durch den Richter, ohne Weitläufigkeiten erreicht werden, welche stets im Gefolge des prozessualischen Verfahrens sind, so ist es dem Grundsatz der Zweckgemäßheit sehr anpassend, wenn der Richter dasjenige Mittel ergreift, womit zwar der oberste Grundsatz eines

jeden Verfahrens, Einleitung zur Rechtsvertheidigung, besteht, aber doch der Versuch gemacht wird, früher ohne Weitläufigkeiten den Parteien zu ihrem Rechte zu verhelfen.

Auf diese Maxime sind Ordinationen berechnet, indem sie durch eine eingreifende Bestimmung des Richters, so weit er das Recht des Fordernden für deutlich hält, das als unnöthig erscheinende weitläufige Verfahren abschneiden wollen, dabei aber doch eine Einleitung enthalten, wodurch die Rechtsvertheidigung möglich gemacht wird, als welche, wie wir unten sehen werden, durch Ordinationen niemals abgeschnitten wird. Unter diesen Gesichtspunkt gestellt, rechtfertiget das Gesetz der Zweckgemäßheit die Ordinationen, besonders da es hier einem Akte der richterlichen Reflexion gilt, bei welchem des Richters Thätigkeit vom Vorbringen der Parteien unabhängig ist *a*)

Die positiven Quellen unseres Rechts verbieten dem Richter nicht, diesem Rufe der Zweckgemäßheit zu folgen, sie enthalten viel-

a) Mein Handb. B. II. Abh. XXVII. §. 4.

mehr manche Stellen, welche für eine freiere richterliche Einschreitung sprechen. Das richterliche Ergänzungsamt, womit der Römer ungeachtet seiner Liebe zur Formelnstrenge sich der Billigkeit anzunähern suchte [b]), enthält wohl im Hauptwerk nichts anders, als den Grundsatz: dasjenige in einer Sache zu verfügen, was dem Zwecke des Richteramtes, Mittheilung der Gerechtigkeit entspricht. Noch deutlicher giebt das canonische Recht dem Richter freiere Hände, da es ihm verbietet, spitzfindig an dem Namen der Klage zu hängen [c]), da es ihm Abkürzung der Prozesse, so viel möglich ist, befiehlt [d]). Wer sollte endlich den teutschen Mandats- und Executivprozeß nicht kennen, welcher ganz darauf gebaut ist, daß bei liquiden Forderungen mit Umgehung alles weitläufigen Verfahrens der Richter schon auf die einseitige Vorstellung des Klägers durch eine ernstliche Verfügung über die Streitsache selbst einschreite, jedoch immer unter dem Vorbehalt, den das Gesetz

b) L. unic. C. ut, quae desunt advoc.

c) Cap. 6. X. de judiciis.

d) Clem. 2. de verbor. significat.

schon allgemein ausspricht, der keiner ausdrükklichen Wiederholung in jedem konkreten Falle bedarf, der überhaupt Geist des gemeinen Prozesses ist, dem Vorbehalte der Möglichkeit, sein Recht zu vertheidigen, und einer stillschweigend getroffenen Einleitung zur wechselsweisen Rechtsvertheidigung. Auch Ordinationen ruhen auf diesen combinirten Maximen, sie entsprechen also dem ganzen Rechtssysteme des prozessualischen Verfahrens, und finden in unsern bestehenden Gesetzen ihren Rechtfertigungsgrund vollkommen.

X.

Diese bisher entwickelten Verhältnisse der Ordinationen führen uns von selbst zur Erkenntniß ihrer Erfordernisse im Allgemeinen. Sie fordern: I. Zuständigkeit des Gerichts, denn welche Rechtsfolgen soll der Befehl eines Richters hervorbringen, dessen Gerichtsbarkeit in einer Streitsache nicht begründet ist? Von dieser Seite scheint die Reichshofräthliche Formel in Appellationssachen, welche Prozesse erkennt, aber mit Suspendirung ihrer Expedition ordinirt, den Vorzug zu verdienen, indem hierdurch der Oberrichter Besitz von seiner Gerichtsbarkeit

nimmt. Zweifelhafter läßt diesen Punkt die am Kammergericht übliche Formel, womit Prozesse noch zur Zeit abgeschlagen und die Ordinationen angehängt werden, weil das Abschlagen der Prozesse keine Jurisdiction eigentlich begründet. Doch ist das nur scheinbar, und in einer an das Kammergericht überhaupt devolublen Sache wird durch den mildernden Beisatz „noch zur Zeit die Gerichtsbarkeit dieses Reichsjustizhofes auch bei Ordinationen aufrecht erhalten. II. Da Ordinationen auf einseitige Vorstellungen, ohne beide Theile gehört zu haben, erlassen werden, und die Hauptsache selbst beziehen, so muß derjenige Grad von juristischer Gewißheit vorhanden, und die Sache so beschaffen seyn, daß der Richter von einem Befehl über die Hauptsache anfangen kann. In beiden Punkten treten Ordinationen in die Analogie der Mandate ein, mit welchen sie die Nothwendigkeit der Bescheinigungen alles faktischen Vorbringens, und die Qualification der Sache gemein haben. III. Aber man darf nicht vergessen, daß der Character der Ordination eben in dem besteht, daß sie Statt der ordentlichen Prozesse, und zu dem Zwecke erkannt werden, um durch sie einen Streit in seiner Entstehung zu unterdrücken,

der vergeblich ist, so bald der Ordination Genüge geleistet wird. Dieses Eigenthümliche der Ordinationen legt dem Richter zur stärksten Verbindlichkeit auf, von der zu seiner Sphäre ausschließend gehörenden Reflexion a) hier mit der schärfesten Prüfung Gebrauch zu machen, und genau zu untersuchen, ob die Ordination, welche er erlassen will, die Sache so vollkommen erschöpfe, daß ein weiterer Streit durchaus unnöthig ist. Durch diese genaue Prüfung wird der Richter eine Verletzung der Rechte des Klägers vermeiden, so wie er durch eine scharfe Beurtheilung des vorher unter Num. II. bemerkten einer Rechtsverletzung desjenigen entgeht, wider welchen die Ordination erlassen wird.

XI.

Auch die Wirkungen der Ordinationen im Allgemeinen können wir nach dieser Entwickelung bestimmen. I. Dem Kläger sind sie meistens ein zum Theil abschlägiges Dekret. Denn ob es gleich, besonders in Appellationssachen, Fälle giebt wo die Ordination dem ganzen Antrage des Ap-

a) Mein Handb. B. II. Abh. XXVII. §. 4.

pellanten entspricht, und von den Wirkungen der Ordinationen nichts weiter zu bemerken ist, weil sie dem klagenden Theile durchaus günstig sind, so deferirt doch in den meisten Fällen die Ordination dem Antrage des Klägers nur zum Theile, und hier ist es nothwendig, ihre Wirkungen näher zu untersuchen. Begnügt sich der Implorant mit der Ordination, giebt er sein übriges Recht gegen die Vortheile auf, welche ihm die Ordination gewährt, so beruht die Sache auf sich. Will er sich aber damit nicht zufrieden stellen, so bleibt ihm für den Theil seines Gesuches, womit er indirecte abgewiesen wurde, der Gebrauch der wider abschlägige Dekrete begründeten Rechtsmittel offen. II. Zu derjenigen Partei, wider welche die Ordination erlassen wurde steht sie im Verhältniß einer, auf einseitiges Vorbringen, erkannten Verfügung über die Hauptsache, und hiernach müssen ihre Folgen berechnet werden. Daher ergiebt es sich denn, daß 1) gegen eine Ordination kein Rechtsmittel sogleich ergriffen werden könne, denn sie ist Verfügung auf einseitiges Vorbringen, sie erzeugt gegen denjenigen wider den sie, ohne ihn zu hören, erlassen war, keine definitive Bestimmung über Rechte, sie läßt seine Rechts-

vertheidigung zu, und enthält auf indirecte Weise eine Einleitung zu dieser Rechtsvertheidigung, und kann, ehe diese Vertheidigung fruchtlos geführt war, ein Rechtsmittel niemals begründen *a*). 2) Wird der Ordination Genüge geleistet, so ist hierdurch die ganze Sache, wie nach erkanntem Mandate, erledigt, und Paritionsanzeigen, Streitigkeiten über Sufficienz einer geleisteten oder zugesicherten Parition folgen der Analogie des Mandatsprozesses. 3) Gegen die Ordination können Einreden vorgebracht werden; sie sind Vertheidigungsmittel, welche nach Vernunft und positiven Gesetzen *b*) niemals abgeschnitten werden dürfen; erst durch sie entstehen jene wechselsweisen Verhandlungen, ohne welche kein Richter einen definitiven Ausspruch über die Rechte der streitenden Theile fällen darf. Diese Einreden selbst können in neuem faktischen Vorbringen oder in einer Deduction bestehen, daß nach dem eigenen Vortrage des Gegners die Ordination nicht hätte

a) Mein Handb. B. I. Abh. VI. §. 11—13. und §. 16.

b) Clem. 2. de Verb. signif. „Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur.“

erkannt werden sollen; und hier stelle ich zur Beantwortung der Frage, welche Einreden zulässig seyen, den allgemeinen Grundsatz auf, daß alle Einreden, welche in der vom Kläger gewählten und an sich gegründeten Prozeßart, deren Surogat die Ordination seyn soll, zulässig sind, zugelassen werden müssen, ohne daß eine größere oder schnellere Bescheinigung, als die begründete Prozeßart an sich fordert, durch die Ordination nothwendig gemacht würde. 4) Leistet derjenige, wider den eine Ordination erlassen war, derselben kein Genüge, ohne Einreden gegen sie vorzubringen, so muß ein weiterer Befehl des Richters auf Vollziehung der Ordination, und am Ende die Execution erfolgen. Das reichshofräthliche „Rescribatur„ entspricht diesem Zwecke und der Würde des Richteramts weit besser, als die am Reichskammergericht übliche Form „man versieht sich“. Auf keine Weise aber kann ich es mit Grundsätzen vereinbaren, wenn nach erkannter Ordination erst die Prozesse darum erkannt werden sollen, weil derjenige, wider den sie erlassen wurde, derselben nicht parirt, ohne Einreden vorzubringen. War die Ordination rechtmäßig oder zweckmäßig erkannt, so fordert die

Consequenz der richterlichen Verfügungen, zuerst auf ihre Realisirung zu dringen, um so mehr, als eben daraus, daß gegen die Ordination keine Einrede vorgebracht war, der Rechtmäßigkeit einer erkannten Ordination kein Zweifel entgegensteht; mit Grund erklärt daher Hr. von Riefl c) das sonst übliche Präjudiz „ sub poena decernendorum processuum „ für unschicklich. Selbst darin kann ich keinen Unterschied anerkennen, wenn in einer Appellationssache die Ordination in Form eines Rescripts an den vorigen Richter abgefaßt wurde; denn es fällt in die Begriffe, daß die Ordination in einer Sache, wo der Richter nicht Partei ist, nur gegen den Appellaten erlassen werden konnte, folglich das Rescript an den Unterrichter nur als der Weg zu betrachten ist, auf welchem der Appellat die Kenntnisse von der Ordination erhalten sollte; so wie er bei abgeschlagenen Appellationsprozessen davon auch nur durch den Unterrichter Nachricht erhält, dem sie der Oberrichter pro complemento justitiae zugehen läßt. 5) Eben daher wird es einleuchtend, daß Einreden gegen die Ordination nur

c) Reichshofr. in Justiz- und Gnadensachen Th. I. S. 223. Th. II. S. 333.

bei demjenigen Richter vorgebracht werden können, welcher sie erkannte, und daß auf Execution der Ordination, wenn solche durch ein an den Unterrichter erlassenes Rescript erkannt war, gegen den Appellaten zuerst bei dem Unterrichter, gegen diesen aber nur insoweit bei dem höhern Richter angerufen werden können, als dieser in der Vollstreckung selbst eine Verzögerung der Justiz begangen hat d)

XII.

Ich gehe nunmehr zur Beurtheilung der Ordinationen in derjenigen Prozeßart im einzelnen über, und machen den Anfang mit Ordinationen in Citationssachen.

Wenige Fälle lassen sich denken, in welchen eine Ordination auf ein Citationsgesuch erkannt werden könnte. Wo der Kläger selbst in die Weitläufigkeiten des ordentlichen Verfahrens consentirt, da scheint es ein sehr starker Schritt über das Begehren der Parteien zu seyn, wenn der Richter mit einem gewaltsamen Durchgriffe das ganze Verfahren durch eine Ordination ab-

d) Vergleiche oben S. 306 u. ff.

schneiden wollte. Auch darf man es nicht überall für eine Ordination annehmen, wo in Beschlüssen der höchsten Reichsgerichte Statt der gebetenen Ladung ein „Rescribatur, oder: man versehe sich zu des „Herrn Fürsten Gerechtigkeitsliebe ꝛc.„ vorkommt. Jeder erfahrne Geschäftsmann kennt die Beschwerden bei Vollstreckung reichsgerichtlicher Erkenntnisse, kennt die Verordnung unserer Reichsgesetze, daß sich die Reichsgerichte anständiger Ausdrücke gegen Reichsstände bedienen sollen, und weiß oft nur zu gut, wie stark beide Ursachen vereint wirken, um die Reichsgerichte zu bestimmen, daß sie der thätigen und schnellen Hülfe wegen sich sanfterer Formeln bedienen, und durch eine feinere Wendung den Imploranten an die Gerechtigkeitsliebe seines Landesherrn verweisen, um hierdurch ihn gleichsam von der Gnade seines Herrn abhängig und diesem Gelegenheit zu geben, daß er etwa durch eine freiwillige Entschließung dasjenige zum Vortheil des Imploranten vornehme, wozu er sich gezwungen schwer entschlossen hätte, und noch seltner gezwungen werden könnte. Hier wird dem Scheine nach das Gesuch des Imploranten abgeschlagen, aber im Grunde der Versuch gemacht, ihm auf kürzerem Wege ohne Streit zu seinem Rechte zu verhelfen, denn der Vorbehalt: daß bei nichterfüllter Ordination der Recurs an das Reichsgericht noch Statt finde, versteht sich von

selbst, die höchsten Reichsgerichte pflegen ihn öfters den Ordinationen ausdrücklich anzuhängen, und die am Reichskammergericht übliche Formel „noch zur Zeit abgeschlagen„ zielt deutlich dahin ab. Dies sind keine Ordinationen, dies sind Versuche und Wendungen, um dem Kläger auf sanfteren Wegen ohne Streit zu seinem Rechte zu helfen, dies sind Formeln, welche nur in den Eigenheiten der deutschen Staatsverfassung ihren Grund haben, die es nothwendig macht, daß die Justiz mit der Politik in einen sonst entbehrlichen Verein trete; dieses alles kann weder den Begriff der Ordinationen bestimmen, noch als Quelle des gemeinen Prozesses gelten.

Nur da kann man in Citationssachen eine Ordination sich als möglich denken, wo aus dem Vortrage des Klägers erhellt, daß sein Klagegrund in einer Nebensache beruht, bei welcher die Beschwerde, deren Beseitigung die ganze Klage und Ladung entbehrlich macht, sogleich gehoben werden kann; denn hier wirkt der allgemeine Rechtfertigungsgrund der Ordinationen dahin: daß die gebetene Ladung abgeschlagen, hingegen über den Nebenpunkt zur Hebung der Beschwerde auf eine Ordination erkannt wird.

XIII.

In Mandatssachen erscheinen uns Ordinationen in dem nämlichen Verhältniß, das

ich so eben von Citationssachen bemerkte. Meisten Theils findet man wenigstens die Form einer Ordination da, wo die Reichsgerichte das Mandatsgesuch nicht ganz gegründet, die Sache aber doch so beschaffen sehen, daß etwas zum Vortheil des Imploranten verfügt werden kann. Hier wird denn bei dem Reichshofrath durch ein Rescript, am Reichskammmergericht durch ein „noch zur Zeit abgeschlagen, sondern versieht man sich„ Statt des gebetenen Mandats eine Verfügung gemacht, durch deren Befolgung alles gehoben wird, was der Anspruch des Imploranten, so weit er rechtlich ist, bezwecken konnte.

Sehr oft wird hier der Zweck, einen Streit durch ein vorgeschlagenes Auskunftsmittel in seiner Entstehung zu hindern, deutlich ausgedrückt, sogar wird die Ordination mit einer Verfügung verbunden, wie sie der förmliche Prozeß fordert, wenn der Vorschlag zur gütlichen Beilegung des Streits nicht glückt. So hat das kaiserliche Reichskammergericht im Jahre 1798. ein Mandatsgesuch einiger Mitglieder der Brandversicherungsgesellschaft zu Bamberg gegen den Herrn Fürstbischof dem Herrn Imploraten mit der Ordination mitgetheilt, sich aller unmittelbaren Einschreitungen in Justizsachen zu enthalten, folglich diesen Sachen ihren ungehinderten Lauf zu lassen, allenfalls die Brandbeschädigten, wenn sie einen Vorschuß

nicht entbehren könnten, aus eigenen fürstlichen Mitteln und anderweiten freiwilligen Beiträgen unterstützen zu lassen, im Anstandsfalle aber seinen Bericht innerhalb 6. Wochen verschlossen an das kaiserliche Reichskammergericht einzuschicken, immittelst aber mit allem weiteren Verfahren einzuhalten *a*). Das erste war sichtbar ein bloßer Vorschlag zur Beilegung der Sache ohne Streit, doch war, wenn der Vorschlag nicht Eingang fand, durch die eventuell angehängte Gerichtsabforderung in den förmlichen Rechtsweg eingelenkt.

Nur insoweit können Ordinationen auch bei Mandatssachen gedacht werden, und man darf es durchaus nicht in die Classe von Ordinationen bringen, wenn ein Mandat zum Theil abgeschlagen, zum Theil erkannt wird, denn hier fällt der Zweck, einen Streit bei seinem bevorstehenden Ausbruch durch eine eingreifende den Streitgegenstand selbst betreffende, Bestimmung zu unterdrücken, sichtbar hinweg, der Zweck, welches das wesentliche Unterscheidungszeichen der Ordinationen ausmacht.

XIV.

Am häufigsten kommen Ordinationen in Appellationssachen vor, seitdem der Appellant nach der Verordnung des jüngsten Reichs-

a) Meine auserles. Rechtsfälle. B. I. S. 139.

abschieds mit der Bitte um Appellationsprozesse den Beschwerdenlibell verbinden muß, und dieser dem Oberrichter Gelegenheit giebt, die Erheblichkeit der Beschwerden zu beurtheilen, und alles vergebliche Verfahren in der Appellationsinstanz durch eine Bestimmung über die Appelationssache Statt der gebetenen Prozesse abzuschneiden. Aber eben hier wird die Sache verwickelter, als in Citations- und Mandatssachen, schwerer ist es, die Gränzen für die Rechtmäßigkeit der Ordinationen abzustecken, schwerer, ihre Wirkungen zu bestimmen, weil die Ordinationen hier mit dem Relevanzbescheide coincidiren, welcher in Rechtskraft übergehen, also Wirkungen hervorbringen kann, welche bei Ordinationen in Citations-, oder Mandatssachen offenbar wegfallen.

XV.

Vor allem ist es wohl am wenigsten zweifelhaft, daß nach einmal erkannten Appellationsprozessen eine Ordination nicht mehr Statt finde. Mit der Absicht, den Streit in seiner Entstehung zu unterdrücken, ist eine Verfügung platterdings unvereinbar, welche auf förmliche Verhandlung des Streites abzweckt. Beide Theile haben aus der erkannten Ladung zu Verhandlungen ein vollkommenes Recht darauf, daß die Sache im eröffneten Wege verhandelt, und

erst nach geschlossenen Verhandlungen durch ein Urtheil des Oberrichters entschieden werde a).

XVI.

Um nun die Frage zu beantworten: wie weit die Gewalt des Richters in Erkennung der Ordinationen bei Appellationssachen reiche, geht man meistens auf den Unterschied zurück, ob eine Beschwerde nur den Prozeß oder ob sie die Hauptsache selbst bezielet. So geneigt man ist, bei den ersten ihm freie Hände zu geben, so sehr sucht man sie ihm bei dem zweiten zu binden, und will insbesondere eine gänzliche Abänderung des über die Hauptsache ergangenen Urtheils durch Ordinationen nicht zulassen, sondern hiezu Erkennung der Appellationsprozesse und Verhandlungen in der Appellationsinstanz fordern, worauf sodann das reformatorische Erkenntniß erfolgen kann.

Allein dieser Unterschied kann den Grund zur Lösung der aufgestellten Frage keinesweges abgeben; die verschieden mögliche Beschwerden haben dies miteinander gemein, daß Hebung derselben Zweck des Appellationsverfahrens ist, sie müssen demnach auch dieses miteinander gemein haben, daß sie ohne das gewöhnliche Verfahren in der Appellationsinstanz vom Oberrichter gehoben werden können, wenn er ein Verfahren über die Beschwerde als überflüssig er-

a) Claren in der angef. Diss. §. 8.

kennt, ohne daß es hiebei auf den Gegenstand der Beschwerde, ob sie den Prozeß oder die Hauptsache bezielet, ohne daß es auf den Umfang der Ordination, ob sie das erstrichterliche Urtheil ganz oder zum Theil abändert, ankommen könnte.

XVII.

Wir finden vielmehr, wenn wir auf den Zweck und die Erfoderniſſe der Ordinationen im Allgemeinen zurückgehen, und die dort aufgestellten Sätze auf Appellationssachen anwenden, folgende Stücke, ohne deren Daseyn in der Appellationsinstanz Ordinationen nicht rechtmäſſig erkannt werden können. 1) Ueberzeugung von der Wahrheit der vom Appellanten vorgebrachten faktischen Umstände, soweit sie auf die zu erlassende Ordination Einfluß haben. 2) Ueberzeugung von der vollen Erheblichkeit der Beschwerde. 3) Ein Verhältniß dieser Beschwerde zur ganzen Appellationssache, daß nach Hebung derselben ein besonderes Verfahren in der Appellationsinstanz zwecklos wäre. Die zwei ersten Punkte berechtigen den Oberrichter zu einer Verfügung und Entscheidung auf einseitige Vorstellungen, der letzte giebt ihm die Macht, diese Bestimmung in einer Ordination, d. h. mit Umgehung der sonst nöthigen Einleitung zum förmlichen Appellationsverfahren zu machen.

Wo aber diese Punkte vereint zusammentreffen, da kann der Oberrichter eine Ordination erlassen, die Beschwerde mag den Prozeß oder die Haupsache angehen, die Ordination mag das ganze Urtheil in der Hauptsache oder nur einen Theil desselben reformiren.

XVIII.

1) Ueberzeugung von der Wahrheit des Factums, welches der Appellant seiner Beschwerde zum Grunde legt, macht das erste Erfoderniß aus. Ohne diese Ueberzeugung kann der Richter auf einseitige Vorstellungen keine entsprechende Bestimmung machen, sondern er ist verbunden, zur Ausmittelung des streitigen Factums den gesetzlichen Weg durch Einleitung zum förmlichen Verfahren zu öffnen. Diese Ueberzeugung liefern ihm entweder die vom Appellanten beygelegten Acktenstücke des vorigen Verfahrens, oder ein Bericht des Unterrichters, auch können die präoccupatorischen Vorstellungen des Appellaten, ob sie gleich keine zuläßigen Schriftsätze sind, doch als Erklärungen dieser Parthey über das faktische ihres Rechtsstreits dem Richter Aufschlüsse insoweit geben, als das Vorbringen des Appellaten mit jenen des Appellanten übereinstimmt.

Nur zufällig mag darin ein Grund liegen, warum Ordinationen eher über den Prozeß als

über die Hauptsache erkannt werden können, weil es nämlich leichter ist, durch Vorlage der Aktenstücke in einer obgleich einseitigen Vorstellung die Wahrheit des Vorbringens über den Prozeß, als über die Hauptsache, darzuthun. Allein nur zufällig ist dieses, und wo über die Hauptsache dem Oberrichter die volle Ueberzeugung vom factischen Vorbringen in dem Beschwerdenlibelle verschafft wird, da müssen gleiche Ursachen auch gleiche Wirkungen hervorbringen.

XIX.

2) Ueberzeugung von der vollkommenen Erheblichkeit der Beschwerde ist das zweite Erfoderniß. Im Zweifel mag der Oberrichter Appellationsprozesse erkennen, um durch die Verhandlungen beider Theile alle Zweifel zu beseitigen, aber im Zweifel ist er niemals berechtigt, einen decisiven Schritt in einer Rechtssache zu thun, niemals befugt, in einer zweifelhaften Sache eine Ordination zu erlassen.

Diese Ueberzeugung entsteht durch einen Akt der richterlichen Reflexion, und ist vom Vorbringen der Partheien unabhängig, zu derselben werden demnach Beweise nicht erfodert. Wir sehen aber eben hieraus, daß gar nichts darauf ankomme, ob die Erheblichkeit der Beschwerde plan vor Augen liegt, oder ob sie erst durch eine mühsamere Reflexion eingesehen werden kann,

denn immer ist es Resultat der richterlichen Reflexion, wobei der höhere oder niedere Grad von Anstrengung, welcher der Richter bedurfte, niemals eine Aenderung der Grundsätze über seine Befugnisse erzeugt.

XX.

3) Die Beschwerde muß zu der ganzen Appellationssache in einem solchen Verhältniß stehen, daß nach Hebung der Beschwerde ein förmliches und weitläufiges Verfahren in der Appellationsinstanz als überflüssig und zwecklos erscheint. Dies habe ich als das dritte Erfoderniß ausgezeichnet, und schon der Zweck aller Ordinationen rechtfertiget meine Behauptung. In seiner Entstehung soll ein weitläufiger Rechtsstreit durch Ordinationen unterdrückt werden, dies setzt allemal die Möglichkeit voraus, durch sie, ohne weiteren Streit, das Rechtsverhältniß unter den streitenden Theilen zu bestimmen.

So lange die Merkmale des Streits, so wie sie in der vorigen Instanz waren, auch in der Appellationsinstanz unverändert bleiben, solange gilt es nur einem Akte der richterlichen Reflexion. Der Richter ist hier vom neuen Vorbringen der Partheien, sowohl des Appellanten als des Appellaten unabhängig, er bedarf hier keiner Einleitung zu neuen Verhandlungen, und kann eine Ordination erlassen, wenn er, nebst dem, daß

die Beschwerde ganz gegründet ist (§. XVIII. und XIX.), wahrnimmt, daß die ganze Appellation keinen Zweck mehr hat, sobald diese Beschwerde gehoben wird.

Ganz gleichgültig ist es übrigens, wodurch die Beschwerde des Unterrichters entstand, ob dadurch, daß derselbe eine irrige Meinung über eine Rechtsfrage hielt *a*), oder ob dadurch, daß er das Factum schief beurtheilte oder von dem entscheidenden Gesetze eine falsche Anwendung machte *b*).

XXI.

Hat hingegen der Appellant seine Beschwerde nicht blos aus den Merkmalen gerechtfertiget, wie sie in den vorigen Akten liegen, sondern hat er sich des Rechts bedient, etwas Neues zur Rechtfertigung seiner Beschwerde vorzubringen, so ist der Richter zur Erlassung einer Ordination nicht berechtiget, weil er eines Theils bevor über das factische eines Rechtsstreits beide Partheien gehört wurden, von dessen Wahrheit nicht überzeugt seyn kann (§. XVIII.), und weil andern Theils die Erlaubniß, etwas Neues vorzubringen, eine gemeinsame Wohlthat beider Partheien ausmacht, sobald von Abänderung des vorigen Urtheils die Rede ist, folglich die Beschwerde nach

a) Claren a. a. O. §. 9.

b) Man vergl. die vorherg. Abhandl. §. 26. u. 27.

ihrem Rechtfertigungsgrunde zur Appellationssache in keinem solchen Verhältniß steht, daß man neue Verhandlungen unter den streitenden Theilen als überflüssig ansehen könnte, welche vielmehr in diesem Fall wesentliche Bedingungen eines reformatorischen Erkenntnisses sind.

XXII.

Nach diesem Maasstab lassen sich auch die Wirkungen der Ordinationen in Appellationssachen und die Rechtsmittel gegen sie beurtheilen.

1) In Rücksicht auf den Appellanten sind sie ein Relevanzbescheid, welcher in Rechtskraft übergeht, so weit darin das vorige Urtheil bestätigt wurde. Wenn demnach eine Ordination dem Begehren des Appellanten nicht ganz, sondern nur zum Theil entsprach, so kann derselbe, insoweit durch den richterlichen Bescheid das vorige Urtheil Bestätigung erhielt, dagegen ein Rechtsmittel ergreifen.

2) In Rücksicht auf den Appellaten stehen sie in einem höchst sonderbaren Verhältniß. Darin, daß Ordinationen meistens die Form eines Rescripts an den Unterrichter haben (decernantur petiti appellationis processus, sed suspensa eorum expeditione rescribatur judici a quo:), finde ich eben den Grund dieser Eigenheiten nicht; denn der Oberrichter kann

in einer Appellationssache den Willen nicht haben, die Rechtsverhältnisse der Parteien zum Unterrichter zu bestimmen, sondern er muß die Absicht haben, festzusetzen, was unter den streitenden Theilen Recht ist, und das sind der Appellant und der Appellat. Wenn also auch die Ordination in Form eines Rescripts an den Unterrichter erlassen wird, so bezielt sie doch die Rechte unter den Parteien, der Appellat erfährt sie durch den Unterrichter, und dieser ist Vollstrecker dessen, was der Oberrichter ordinirte. Wird doch auch bei abgeschlagenen Appellationsprozessen nichts an den Appellaten vom Oberrichter unmittelbar, sondern nur ein Notificationsrescript an den Unterrichter (pro complemento justitiae) erlassen, der es sodann dem Appellaten bekannt macht!

XXIII.

Immer sind doch solche Ordinationen ein Mittelding, kein wahres Urtheil gegen den Appellaten, der doch im Grunde seine Rechte in der Appellationsinstanz vor dem reformatorischen Ausspruche nicht vertheidigt hatte, und eben so wenig ein bloßes Dekret, da die Rechte des Appellaten nach den Merkmalen, welche die Akten der vorigen Instanz enthalten, also nach wechselsweisen Verhandlungen bestimmt werden.

Wenn nun auf einseitige Vorstellungen keine Verfügung anders erlassen werden kann,

als so, daß den dabei interessirten Theilen es möglich gemacht wird, seine Rechte zu vertheidigen [a]), so müssen folgende Fälle unterschieden werden. 1) Der Appellat begründet seine Rechte gegen die Ordination darin, daß der Appellant die Sache falsch vorgestellt habe, oder daß nach den Wirkungen der Appellation er die Rechtmäßigkeit des vorigen Ausspruchs durch neues Vorbringen darthun könne. — Hier muß dieses Vorbringen zugelassen werden, welches er im ersten Falle durch Einreden der erschlichenen Ordination, im zweiten Falle durch Vorlage des Neuen erreicht, worüber denn besonders in letzter Rücksicht Verhandlungen unter den Parteien zugelassen werden müssen, wobei es sich von selbst versteht, daß die Verhandlung und Entscheidung nur in der Appellationsinstanz erfolgen könne. 2) Begründet aber der Appellat sich darin, daß nach des Appellanten Vorbringen die Ordination nicht hätte erlassen werden sollen, so kann er, da er doch mit seiner Rechtsvertheidigung in der Appellationsinstanz noch nicht gehört war, bei dem ordinirenden Richter seine Gründe vorbringen, und um Aufhebung der Ordination bitten, worauf denn, wenn dies ohne Erfolg geschah, ihm die Rechtsmittel, wie gegen jedes andere Urtheil, zu Gebot stehen.

a) Handb. B. I. Abh. VI.

Bayerische Staatsbibliothek München

Druckfehler.

Seite 221. Zeile 3. lies: in der Appellationsinstanz vorzubringen, sprechen
S. 267. Zeile 1. l. Appellat
S. 280. Z. 18. u. 19. l. Reichsgesetze
S. 281. Z. 2. l. nach
S 332. Z. 20. l. manchen Unterrichter von Leichtsinn oder Nachläßigkeit ab,
S. 342. Z. 6. u. 7. l. Rechtsmittels die Execution
S. 347. Z. 5. l. wen soll es nicht
S. 375. Z. 11. l. Es ist so allgemein
S. 376. Z. 15. l. bei allen Arten
S. 384. Z. 2. u. 3. einer genaueren Prüfung
S. 387. Z. 14. l. man kann jedes Urtheil
S. 400. Z. 12. l. es ist der Mühe werth
S. 402. Z. 17. l. erklärt worden, der Richter
S. 406. Z. 1. l. jeglichen
— — Z. 2. l. verordnen blos, daß innerhalb
S. 407 Z. 3. l. erlangenden
S. 422. Z. 19. l. erscheinen, und sie erschienen seit dem Ende
S. 425. Z. 3. l. Ordinationen
S. 432. Z. 10. l. Mandate genannt oder ihnen allemal

NB. Wegen Kürze der Zeit und dem unvermeidlichen Hindernisse des Herrn Verf. konnte die Verlagshandlung bei diesem Bande nicht ganz die bestimmte Bogenzahl liefern; bei dem vierten und lezten Bande wird aber solche für diese Entschädignng besorgt seyn.

Erlangen
gedruckt, bei Johann Augustin Hilpert.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erö
rterung seiner wichtigsten Gegenstände

Bd.: 3

Erlangen (1802)

Bibl.Mont. 5064-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726415-5